THÈSE DE
POITIERS.
1887
N°. 1

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DE

L'ACTION REI UXORIÆ

EN DROIT ROMAIN

DU

CONTRAT DE MARIAGE

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 16 février 1887, à 3 heures du soir,

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

FÉLIX BAYSSAT

AVOCAT

LE PUY

TYPOGRAPHIE PRADES-FREYDIER

PLACE DU BREUIL

1887

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DE

L'ACTION REI UXORIÆ

EN DROIT ROMAIN

DU

CONTRAT DE MARIAGE

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 16 février 1887, à 3 heures du soir,

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

FÉLIX BAYSSAT

AVOCAT

LE PUY

TYPOGRAPHIE PRADES-FREYDIER

PLACE DU BREUIL

1887

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. THÉZARD (I ✿), *Doyen, professeur de Code civil.*

DUCROCQ (✠, I ✿), *Doyen honoraire, professeur honoraire, correspondant de l'Institut.*

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ✿), *professeur de Code civil.*

LE COURTOIS (I ✿), *professeur de Code civil.*

NORMAND (A ✿), *professeur de Droit criminel.*

PARENTEAU DUBEUGNON (A ✿), *professeur de Procédure civile.*

ARTHUYS (A ✿), *professeur de Droit commercial.*

BONNET (A ✿), *professeur de Droit romain.*

PETIT (A ✿), *professeur de Droit romain.*

BARILLEAU (A ✿), *professeur de Droit administratif.*

BRISSONNET, *agrégé, chargé du cours d'histoire générale du Droit français public et privé.*

SURVILLE, *agrégé, chargé du cours de Droit international privé.*

COULON (I ✿), *secrétaire.*

BIBLIOTHEEK RIJKS UNIV. LEIDEN

COMMISSION :

PRÉSIDENT .... M. ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE, Professeur.

SUFFRAGANTS .. M. ARTHUYS, M. BONNET, Professeurs.

M. SURVILLE, Agrégé.

A MA MÈRE

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547316_0024

DROIT ROMAIN

DE L'ACTION REI UXORIÆ

INTRODUCTION

1. — Le mariage romain a pour but l'union de l'homme et de la femme, en plaçant l'un et l'autre sur le pied d'une égalité parfaite, *individuam vitæ consuetudinem continens.* Cette égalité ne doit s'entendre que de la condition juridique et du rang qu'occuperont les époux dans la société. Naturellement, c'est la femme qui prend la condition du mari; aussi, Paul a-t-il pu dire que la dignité de la femme s'accroît ou s'amoindrit socialement par le mariage : *dignitatem mulierum ex honore matrimonii et augeri et minui solere.* (Frag. vat. § 104.)

Cette union qui amenait ainsi une association complète des deux existences, une mise en commun du droit divin et humain, *divini atque humani juris communicatio,* (L. 1. D. *de ritu nupt.*), imposait aux maris toutes les charges qui pouvaient en résulter : entretien de la femme, éducation des enfants, etc... Il était donc juste que le mari fut secouru, aidé dans cette tâche par celle qui la faisait naître en venant partager avec lui son existence. De là est née l'idée de dot.

2. — La dot est l'ensemble, la totalité des biens que la femme, ou, pour elle, toute autre personne, donne ou promet au mari pour l'aider à supporter les charges du ménage. Par l'effet du mariage, les biens qui composaient la dot devenaient la propriété du mari; il était libre d'en disposer à son gré.

3. — Dans les premiers temps de Rome, la restitution de la dot fut certainement chose inconnue : *causa dotis est perpetua,* disent les textes. D'ailleurs, l'idée de restitution était incompatible avec la puissance si despotique du chef de famille.

Cet état de choses n'eut pas trop d'inconvénients tant que les mœurs conservèrent leur austérité primitive. Le mariage, en effet, était en fait indissoluble, et la dot donnait à la mère le moyen de transmettre à ses enfants les biens que les lois de succession assuraient à ses agnats. Mais lorsque le relâchement des mœurs se fut introduit à Rome, que l'usage du divorce y fut devenu fréquent, lorsque le mariage n'en vint plus qu'à être un honteux trafic où la dot était la récompense de la répudiation, on sentit alors le vice d'un tel système. « Pour remédier à de « tels abus, — dit M. Gide (1), — il fallait porter atteinte à « l'autorité sacrée du chef de famille, et imposer au mari qui « répudierait sa femme l'obligation de rendre la dot. Ce « n'étaient pas seulement l'humanité et l'équité qui exigeaient « impérieusement cette réforme, c'était encore l'intérêt de l'Etat. « — Il importe à la République, disaient les jurisconsultes « romains, que les femmes aient des dots et qu'elles les « conservent, car c'est pour leur dot qu'on les épouse. C'est « sous l'influence de cette maxime, inconnue évidemment aux « romains des premiers siècles, que s'introduisit dans la « jurisprudence l'obligation de restituer la dot. Cette obligation « était utile pour faire obstacle aux divorces et consolider les « mariages ; à défaut de lien moral, c'était un lien d'intérêt qui « unissait les deux époux, et si ce frein était impuissant, du « moins la femme répudiée trouvait-elle dans la dot qui lui « était rendue le moyen de contracter une nouvelle union. »

4. — La restitution de la dot, avant d'être inscrite dans la loi, s'introduisît dans les mœurs. On chercha à remédier au danger de la répudiation, d'abord par des conventions où fût stipulée cette restitution en cas de divorce. Ce ne fut que plus tard que

(1) *Du caractère de la dot en droit romain*, p. 511.

les lois vinrent elles-mêmes au secours de la femme en lui donnant plusieurs actions pour recouvrer sa dot à la dissolution du mariage.

Le droit romain n'inventa pas moins de quatre actions pour assurer cette restitution : l'action *ex stipulatu*, l'action *rei uxoriæ*, l'action *præscriptis verbis*, et, dans certains cas, l'action *ex testamento*. La seconde de ces actions va faire l'objet de notre étude.

5. — Elle comprendra trois parties. Dans la première, nous étudierons l'action *rei uxoriæ* considérée en elle-même : son origine, ses caractères, les diverses personnes par qui et contre qui elle peut être exercée, à quelle époque et dans quels cas elle peut ou doit être intentée. La seconde partie sera consacrée à étudier les effets de cette action : son objet, la quotité de la créance dotale, les avantages qu'elle procure à l'un et l'autre époux, ses modes d'extinction. Enfin, dans une troisième partie, très brève celle-là, nous exposerons sommairement les réformes apportées par Justinien à cette action; après l'avoir supprimée, il la fait revivre sous le nom d'action de dot ou *ex stipulatu*.

PREMIÈRE PARTIE

De l'action rei uxoriæ considérée en elle-même.

CHAPITRE I

ORIGINES ET NATURE DE L'ACTION REI UXORIÆ.

6. — Nous venons de voir que la dot avait pour but d'aider le mari à supporter les charges du mariage. Il est donc juste et naturel que, lorsque ces charges viennent à cesser, la dot soit restituée, *cessante causâ cessat effectus*. L'action *rei uxoriæ* a pour objet cette restitution. Elle n'a pas toujours existé, car il fut longtemps reçu que la dot était constituée pour toujours ; elle devait rester au mari ou à ses héritiers, de quelque façon que s'opérât la dissolution du mariage. Voilà pourquoi le mari acquiert sur la dot un véritable droit de propriété, même après que la législation romaine eut admis la restitution de la dot. Le mariage, dans les premiers temps de Rome, d'une austérité religieuse, était indissoluble. Il perdit peu à peu ce caractère ; dire comment, ce sera exposer les origines de notre action ; nous verrons ensuite sa nature.

SECTION I

ORIGINES DE L'ACTION REI UXORIÆ.

7. — Bien qu'en principe la dot devint la propriété perpétuelle du mari, il ne faudrait pas croire que la femme la perdit sans acquérir quelque avantage en retour. On sait qu'à Rome il y avait deux sortes de mariage : l'un entraînant la *manus*, il était

consacré soit par la *confarreatio*, soit par la *coemptio*, soit par l'*usus*; l'autre n'amenant avec lui ni *capitis deminutio*, ni *manus*.

Dans le premier, la femme entrait dans la famille du mari, elle était *loco filiæ*. « Dans ce mariage, dit M. Laboulaye, la femme « était sacrifiée à cette unité politique de la famille qui se « résumait tout entière dans la seule personne du chef; l'épouse « n'était guère plus qu'un esclave (1). »

8. — Lorsque la femme se marie avec *conventio in manum*, tout ce qu'elle possède au moment du mariage, tout ce qu'elle acquiert par la suite devient la propriété de son mari. « La pro- « priété ne pouvant pas se partager, — dit M. Fustel de Cou- « langes, — ni la femme, ni le fils n'en avaient la moindre part. « Le régime dotal et même la communauté de biens étaient alors « inconnus. La dot de la femme appartenait sans réserve au mari, « qui exerçait sur les biens dotaux non seulement les droits d'un « administrateur, mais ceux d'un propriétaire. Tout ce que la « femme pouvait acquérir durant son mariage tombait dans les « mains du mari. Elle ne reprenait même pas sa dot en devenant « veuve (2) ». Dans ce cas, toutefois, investie des droits de la fille de famille, la femme prendra une part d'enfant de la succession de son mari.

La femme peut se marier sans *conventio in manum*, dans ce cas, elle perd sa dot sans compensation. Mais l'usage apporta un adoucissement à cette situation : on imposa au mari l'obligation de laisser à la veuve ou sa dot, *prælegatum dotis*, ou du moins un legs qui la mit à l'abri du besoin.

9. — Cet état de choses se maintint jusqu'au milieu du cinquième siècle de la fondation de Rome : « Il est de tradition, — dit Aulu- « Gelle, — que pendant près de cinquante ans, il n'y eut dans « la ville, ni dans le latium aucune action relative aux biens de « la femme mariée. Le besoin, sans doute, ne s'en était pas fait

(1) *Hist. du droit de propriété foncière en Occident*, liv. IV, chap. VII.

(2) *La Cité antique*, liv. II, chap. VIII.

« sentir parce que l'on ne voyait pas de mariage dissous par le « divorce (1). »

Le luxe et la mollesse pénétrèrent dans Rome avec les riches dépouilles de Carthage ; la dépravation des mœurs vint à leur suite et le divorce en fut une conséquence presque nécessaire. C'est une chose à noter que lorsque de semblables dispositions prennent place dans la législation d'un peuple, c'est qu'il est profondément corrompu, souvent prêt de sa décadence. Le premier divorce, à Rome, eut lieu en l'an 520 ; Corvilius Ruga en fut l'auteur, son exemple fut contagieux.

10. — C'est alors qu'apparurent tous les dangers du régime dotal ancien ; lorsque le mariage venait à se dissoudre par le divorce, les biens qui formaient la dot de la femme demeuraient aux mains du mari. Bien qu'il n'eût plus à supporter les charges du ménage, il conservait néanmoins les avantages qui ne lui avaient été faits que pour lui rendre ces charges plus légères. Il semble même qu'on l'eût intéressé à la répudiation. Souvent, en effet, en contractant mariage, n'avait-il pour principal but que l'acquisition d'une dot qui lui permit de satisfaire son ambition ou ses besoins de luxe ; il brisait, ensuite, sous un prétexte futile, l'union ainsi contractée, et recouvrait sa liberté tout en conservant la dot. Le mariage n'était plus qu'une spéculation.

11. — Il fallait remédier à cette situation grosse de dangers. Aussi prit-on l'habitude d'imposer au mari l'obligation de rendre la dot, la *res uxoria*, lorsque le mariage serait dissous par le divorce : *Servius sulpicius in libro quem composuit de dotibus, tum primum cautiones rei uxoriæ necessarias esse visas scripsit, quum Spurius Corvilius divortium fecit (2).* La restitution de la dot fut assurée par une stipulation faite au moment du pacte matrimoniale : *Dos interdum his conditionibus dari solebat, ut si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod*

(1) Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, IV, 3.

(2) Aulu-Gelle, loc. cit.

melius æquius esset, apud virum maneret, reliquum dotis restitueretur uxori (1).

Cette convention de restitution de dot parut ainsi répondre aux besoins nouveaux qu'avait fait naître le divorce, arrivé à une telle fréquence que Sénéque a pu écrire : *Uxorem suâ ætate non consulibus sed maritis numerasse annos (2).* La constitution de dot prit dès lors un caractère nouveau ; la propriété des biens dotaux était transférée au mari par l'un des modes usuels de translation de propriété, mais on lui imposait l'obligation, garantie le plus souvent par des fidéjusseurs, de restituer ces biens en cas de dissolution du mariage. La femme avait une action *ex stipulatu* ou *fiducia directa* pour recouvrer son apport. Toutefois, qu'on le remarque bien, il n'y avait pas là de protection spéciale accordée à la femme pour la restitution de sa dot, mais un simple moyen de garantie que le droit commun laissait à sa disposition.

Cette stipulation passa tellement dans les habitudes que la dot perdit son caractère primitif. Au lieu d'y voir une acquisition faite par le mari à titre universel et irrévocable, on considéra la dot comme une donation ayant un but spécial, idée assurément plus juste. De là à tirer cette conséquence que la dot devait être restituée, toutes les fois que la femme survivrait au mariage, il n'y avait qu'un pas à faire. Il fut franchi par le prêteur.

12. — Ce magistrat, jugeant à propos de donner force de loi à une coutume si utile, la consacra en décidant que la convention de restituer la dot serait sous-entendue toutes les fois qu'elle n'aurait pas eu lieu en réalité. Il chargea le juge de déterminer, selon l'équité, quelle partie de la dot devait être restituée. Ainsi prit naissance l'action *rei uxoriæ*, action personnelle et de bonne foi, que l'on portait devant les arbitres, comme nous l'apprend Cicéron.

Quand ce dernier progrès fut-il accompli ? Il est difficile de

(1) Boëce, top. Cicer., XVII, 16.

(2) De benef., liv. III, chap. XVI.

répondre à cette question. Toutefois, les textes prouvent que ce fut bien avant la fin de la République (L. 79, pr. D. *de jure dot.* — L. 66, pr. *sol. mat.*) Dans cette dernière loi nous voyons rapporter une sentence de Publius Mucius : il décide que Gracchus, étant cause de la sédition dans laquelle a péri la dot de sa femme Licinnie, est tenue envers elle de la restitution. A l'époque des Gracques, ce progrès était donc chose faite.

SECTION II

NATURE DE CETTE ACTION.

13. — L'action *rei uxoriæ* est une action de bonne foi, *in bonum et æquum concepta*. Cicéron nous apprend qu'on y trouvait ces expressions : *æquius melius*, expressions qui, d'après Boëce, comme nous l'avons vu, se trouvaient dans la promesse faite par le mari de restituer la dot, si le mariage venait à se dissoudre. Ces expressions sont tout exceptionnelles et étendent encore les pouvoirs du juge : *Judiciis in quibus additur ex fide bona..., in arbitriis rei uxoriæ melius æquius in fiducia ut inter bonos bene agitur ; Quidergo ? aut in eo quod melius æquius potest ulla pars inesse fraudis.*

Un petit nombre d'actions seulement voyaient ces expressions insérées dans leur formule. La simple insertion de ces mots donnaient aux juges : « la mission spéciale, — dit M. Ortolan, — « de prendre en considération toutes les circonstances d'équité, « de bonne foi et de juste convenance, pour décider de l'exis- « tence et de l'étendue de l'obligation ou des obligations récipro- « ques qui étaient soumises à son appréciation. » Ces actions ne tendaient pas seulement à une réparation pécuniaire ; elles pouvaient aussi avoir pour but la réparation d'un préjudice moral. De là deux caractères bien tranchés que l'on rencontre dans ces sortes d'actions.

14. — En premier lieu, elles sont exclusivement attachées à la personne. L'action *rei uxoriæ* ne se transmet pas aux héritiers, à

moins que la femme ne modifie la nature de son droit en mettant en demeure son mari : *Post divortium defuncta muliere, heredi ejus actio non aliter datur quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit.* (Ulpien, frag. VI, § 7). Paul confirme la décision d'Ulpien : *Paulus respondit id quod dotis nomine marito datum est, si post mortem mariti nulla mora intercessit apud heredem mariti remanere oportere.* (Vat. frag. § 97). Toutefois, il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu *litis contestatio* ; il suffit que le mari ait été mis en demeure. Le § 112 des Fragments du Vatican présente le procès-verbal très curieux d'une interpellation devant le magistrat de nature à mettre le mari en demeure : *Apud magistratus de Plano L. Titius his verbis a marito repetit. Anicius Vitalis dixit : Quoniam præsto est Flavius Vetus junior, peto* REM UXORIAM SEIÆ NOMINE *ab eodem ex legibus et edictis. Dotem et peculium* SCRIPTA HABERE SE *dixit tabulis signatis, nec protulit. Flavius Vetus junior dixit :* ACTIONEM ACCIPERE PARACTUS *sum. Duumvir dixit : Sermo vester in actis erit. Quæro,* NUM SEIA MORTUA *ad heredes ejus rei uxoriæ actio transierit, cum is qui repetisset* NEQUE TUTOR SEIÆ, NEQUE *curator, neque procurator, neque cognitor aut* ACTOR EJUS FUISSET, NEQUE ULLUM IN EA RE JUS *haberet. Paulus respondit mulieris nomine postulatum virum videri et* PER QUEMCUMQUE POSSE *perpetuari.* Tel est le premier caractère de l'action *rei uxoriæ.* Nous verrons cependant que cette action peut être exercée par d'autres personnes que la femme, mais exceptionnellement.

15. — Le second caractère de l'action *rei uxoriæ* se trouve dans une liberté absolue d'appréciation conférée au juge. Ainsi, si les choses dont se compose la dot ont été estimées et que cette estimation ait lésé soit les droits de la femme, soit les intérêts du mari, le juge viendra au secours de la partie lésée quelle qu'elle soit, même majeure : *Si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam majori annis vigenti quinque succurrendum est quia bono et æquo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.* (L. 6, § 2, D. *de jur. dot.*) Dans une vente ordinaire, le vendeur seul, s'il éprouvait une lésion considérable, pourrait en obtenir

la réparation. Ici, la vente ayant eu lieu pour cause de dot, la partie lésée, acquéreur ou vendeur, mari ou femme, sera protégée.

Au premier abord, il semble que l'action *rei uxoriæ* n'a pour objet qu'un simple intérêt pécuniaire, puisqu'il ne s'agit que de la restitution de la dot. Mais ce n'est là ni le seul, ni le principal but de cette action. La femme reprend ses biens pour être à même de contracter une seconde union : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possint.* C'est bien là un intérêt moral et d'ordre public au premier chef. C'est donc bien dans un droit exclusivement personnel que la femme puise l'intérêt de son action.

16. — Nous avons dit que l'action *rei uxoriæ* était de bonne foi et nous l'avons prouvé en montrant qu'on lui applique toutes les règles relatives à cette catégorie d'actions, et que même on y laisse aux juges une plus grande liberté d'appréciation. On lui a pourtant contesté ce caractère ainsi qu'aux autres actions *in æquum et bonum conceptæ.* Pour ce faire, on s'est appuyé sur deux passages, l'un de Cicéron (*de officiis,* III, 17), l'autre de Gaius (*Inst.* IV), qui, dans une énumération des actions de bonne foi, ne mentionnent pas l'action *rei uxoriæ.* Le silence de Gaius ne prouve rien, le passage invoqué étant en partie effacé; et Cicéron ne paraît pas avoir voulu faire une énumération complète; il a, d'ailleurs, dit lui-même de notre action qu'elle était un *arbitrium in quo additur ex bona fide.*

17. — Il reste à nous demander si l'action *rei uxoriæ* est arbitraire. La formule de l'action arbitraire conférait au juge le pouvoir d'ordonner la remise au demandeur de l'objet litigieux ; *nisi restituat* est-il dit dans la formule. Le caractère de cette formule, qui forme un genre à part spécialement propre aux actions *in rem* n'est pas incompatible avec l'action de bonne foi. On a soutenu le contraire, mais cette opinion est en contradiction avec le texte de Gaius qui nous a conservé la formule de l'action de dépôt : *Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, N. R.* ce qui signifie *nisi restituat.* Aussi croyons-nous avec

M. Accarias que le magistrat délivre les actions de bonne foi arbitraires, « lorsqu'elles tendent à obtenir soit une simple restitu-« tion matérielle, soit un transport de propriété ou une pro-« messe, en un mot et plus largement une satisfaction qui ne « consiste pas en argent et que le défendeur peut fournir. » Cette doctrine se trouve appliquée notamment pour l'action *rei uxoriæ* dans la loi 7, § 1, D. *de fund. dot. .... Officio de dote judicantis continebitur, ut redintegrata servitute jubeat fundum mulieri vel heredi ejus reddi.* La loi 25, § 1, *sol. mat.* est dans le même sens.

De tout ce qui précède il ressort que l'action *rei uxoriæ* est une action de bonne foi, *in æquum et bonum concepta*, arbitraire. Cette action a encore certains traits caractéristiques qui lui sont propres, traits qui se trouvent dans la dot et qui se reproduisent dans l'action qui a pour objet sa restitution.

18. — Le mari est propriétaire des choses dotales. Cependant, on dit, d'autre part, que la dot est le patrimoine de la femme. Ce n'est là qu'une contradiction apparente. Le mari est *dominus dotis* soit, mais il supporte les charges du mariage, parmi elles et en premières lignes, l'entretien de la femme. Voilà un profit que la femme retire de la dot, avantage que lui garantit sa position de femme mariée. On peut dire de cette jouissance comme de l'état de mariage lui-même : *in facto potius quam in jure consistit.*

Cette jouissance ne change pas, que la femme soit *sui* ou *alieni juris.* Sa *capitis deminutio* n'exerce même à cet égard aucune influence. Il en est de même pour le mari. Qu'il soit émancipé, adopté, exhérédé, institué pour une partie seulement de l'héritage paternel, la dot est toujours distraite et suit le fils marié.

Après la dissolution du mariage, la femme, devenue créancière de sa dot, a l'action *rei uxoriæ* pour sanction de cette créance. Les particularités de la dot se retrouvent dans cette action. Elle est soustraite aux règles restrictives de la capacité juridique et aux effets ordinaires de la *capitis deminutio : Eas obligationes,*

quæ naturalem præstationem habere intelliguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. Itaque de dote actio, quia in bonum et æquum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem. (L. 5. D. *de cap. min.*)

Par conséquent, si le mari subit une *capitis deminutio*, l'obligation de restituer la dot ne s'éteint pas; le contraire a lieu pour les autres obligations. La femme, dans ce cas, n'a donc pas besoin de demander l'*in integrum restitutio*.

Si la femme est sous la puissance paternelle, elle peut empêcher, par son opposition, l'exercice de l'action *rei uxoriæ*. Bien plus, elle peut intenter elle-même l'action, si son père est absent ou dément, ou si même il y a lieu de craindre qu'il ne dissipe la dot : *Sed puto, si forte pater absens sit, vel suspectæ vitæ (quo casu solet filiæ competere de dote actio) posse eam procuratorem dare.* (L. 8 pr. D. *de procur.*)

Si la femme vient à être émancipée, la créance dotale ne continue pas d'appartenir au père; elle ne périt pas non plus, mais appartient dorénavant tout entière à la fille émancipée qui la revendiquera par l'action *rei uxoriæ*. *La media capitis deminutio* même n'enlève pas à la femme déportée l'usage de cette action.

C'est donc là un trait caractéristique de notre action, d'être soustraite aux règles restrictives de la capacité juridique et aux effets de la *capitis deminutio*.

CHAPITRE II

DES CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR DONNER OUVERTURE A L'ACTION REI UXORIÆ.

19. — La dot est constituée ou par dation, ou par diction, ou par promesse (*Ulp. Reg. VI*, § 1). Il n'entre pas dans le cadre de notre étude d'expliquer ces divers modes de constitution. Nous devons également rappeler que la dot, quand on la considère dans son point de départ; prend les noms de *profectice* et *adventice*. La dot profectice est celle qui est constituée par le père ou tout autre ascendant mâle; elle est dite adventice quand elle provient de tout autre personne. Lorsque le constituant de la dot adventice a stipulé qu'elle lui ferait retour, elle prend alors le nom de receptice. Nous verrons par la suite que si les modes de constitution de la dot sont indifférents à l'action *rei uxoriæ*, il n'en est pas de même des diverses espèces de dots que nous venons d'énumérer.

Pour qu'il y ait lieu à l'exercice de l'action *rei uxoriæ*, plusieurs conditions sont nécessaires. Il faut que la restitution de la dot ne soit due ni en vertu d'un pacte, ni en vertu d'une stipulation; que le mariage soit dissous, et qu'il le soit par la mort du mari ou par le divorce. Etudions rapidement la nature de ces trois conditions.

SECTION I

NI STIPULATION, NI PACTE.

20. — Quiconque constitue une dot peut en stipuler la restitution ou la faire stipuler par un tiers. Ce dernier point est établi par plusieurs textes et notamment par la loi 33, D. *sol. mat.*, où l'on voit une femme qui promet pour dot une somme d'argent et désigne en même temps plusieurs personnes qui doivent stipuler qu'une partie leur en sera payée à la dissolution du mariage; et par la loi 77, § 2, D. *de leg. et fid. 2°*, qui nous

montre une mère permettant à ses enfants *vulgo conceptis* de stipuler à leur profit la restitution de sa dot.

21. — Toutes les fois que la dot sera due en vertu d'un pacte ou d'une stipulation, il n'y aura pas lieu à l'action *rei uxoriæ*, mais à l'action *præscriptis verbis*, ou à une *condictio*, ou à l'action *ex stipulatu*. Toutefois, pour que le pacte et la stipulation produisent cet effet, il faudra qu'ils soient réguliers et valables. En dehors des formes de régularité, la stipulation sera toujours valable, si, faite après la réalisation du mariage, elle a été agréée par la femme : ..... *denique pater non aliter quam ex voluntate filiæ petere dotem, nec per se, nec per procuratorem potest... ei ergo promittendum erit cui uterque jusserit : cœterum si pater solus jussit, dotis actio filiæ non erit adempta... item si voluntate solius filiæ promittatur, remanebit dotis actio integra patri.* (L. 2, § 1, D. *sol. mat.* Les lois 3, § 5 et 29, *pr. sol. mat.* confirment ce texte. Comme on le voit, la stipulation n'est pas nécessairement faite *in continenti*.

Pour les pactes, il en est autrement, on applique ici la théorie rigoureuse des *pacta adjecta*. La *datio*, la *promissio* et la *dictio dotis* sont des contrats de droit strict. Il faudra donc, pour que le pacte produise quelque effet, qu'il soit joint in *continenti : legem quam dixisti, cùm dotem pro alumna dares... ex pacto actionem non nasci. Tum enim hoc diximus cum pactum nudum est; alioquin cum pecunia datur et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio.* (L. 1, *C. de pact. conv. tam sup. dot.*)

Lorsque le pacte ou la stipulation de restitution de dot rempliront ces conditions, il n'y aura pas lieu à l'action *rei uxoriæ*. (L. unic. § 13, *C. de rei ux. act.*)

SECTION II

DISSOLUTION DU MARIAGE.

22. — L'action *rei uxoriæ* ne peut pas non plus être exercée si le mariage n'est pas dissous, au moins fictivement, et nous

verrons l'explication de ces derniers mots quand nous étudierons à quelle époque l'action peut être poursuivie. De là naissent deux règles : 1° la dot ne peut être redemandée et le mari n'est pas tenu de la restituer pendant le mariage; 2° la dot ne peut pas être rendue et le mari ne peut la restituer durant le mariage. Ces deux règles, qu'il ne faut pas confondre, reposent sur des motifs différents et ont chacune leur caractère spécial et leurs exceptions particulières.

Leur explication a beaucoup occupé les interprètes; elle a donné lieu, en ce qui concerne la seconde, à deux systèmes : l'un est dû à Hasse (1) et Gluck (2) l'autre à M. Francke (3). Voyons-les brièvement.

23. — D'abord, en ce qui concerne la première de ces règles, on s'accorde généralement à reconnaître qu'elle est fondée sur la nature et le but de la dot; sa nature : *dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat, ita contrahitur ut semper apud maritum sit.* (L. I. D. *de jur. dot.*); son but : *Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt.* (L. LVI, § 1, *cod.*) La dot est donc donnée pour toute la durée du mariage, afin d'en alléger les charges au moyen des fruits que le mari percevra à son profit : *Dotis fructum ad maritum pertinere debere æquitas suggerit : cum enim ipse onera matrimonii subeat, æquum est eum etiam fructus percipere.* (L. 7, pr. *eod.*) Et voilà pourquoi tant que le mari supporte les charges du mariage, la dot ne peut lui être demandée. Sur ce point donc pas de difficultés.

24. — Mais pourquoi le mari ne peut-il restituer la dot durant le mariage? C'est ici que les dissidences commencent.

Hasse et Gluck prétendent que cette seconde règle tire sa source de la prohibition des donations entre époux. La restitution de la dot serait une donation, non du capital dotal qui, en général, doit revenir à la femme, mais des revenus. Or, la

(1) Versuch einer genaueren Auslegung der, L. 73, § 1, *D. jure dot.*
(2) Pand, T. XXVII, p. 233-266.
(3) Archiv. für die civilistiche Praxis, T. XVII, 1834, p. 458-472.

donation des fruits par le mari à la femme est interdite (L. 28, D. *de pact. dot.*). Les empereurs Honorius et Théodose donnent également pour motif de cette règle, la prohibition des donations entre époux (L. *unic.* C. *si dos const. mat.*)

25. — Malgré ces textes, nous croyons devoir adopter le système de M. Francke. Notre règle, d'après cet auteur, se lie à une plus générale qui interdit, le mariage une fois contracté, toute convention par laquelle les époux voudraient changer la destination de la dot. Ce n'est pas qu'il faille absolument rejeter la prohibition des donations entre époux comme motif de notre règle, mais il ne faut pas non plus y voir l'unique base de la défense de toute restitution anticipée de la dot.

La prohibition des donations entre époux a pour but d'assurer à chacun d'eux son patrimoine contre sa propre faiblesse et la cupidité de son conjoint. Elle a été édictée assez tard, car elle n'existait pas encore vers l'an 550; la loi *Cincia* portée à cette époque mentionne, en effet, les époux parmi les personnes exceptées des restrictions qu'elle apporte. C'est la fréquence des divorces qui amena cette prohibition. Il fallait empêcher qu'un époux cupide n'abusât de la faiblesse de son conjoint pour le dépouiller et le répudier ensuite, *ne, mutuato amore invicem, spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate.., ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* (LL. 1 et 3, *de donat. int. vir. et ux.*)

On limitait d'ailleurs la prohibition aux libéralités par lesquelles le donataire s'enrichissait par l'appauvrissement du donateur, et ce dernier n'était réputé appauvri qu'autant qu'il se dépouillait d'un capital acquis. Ainsi, si le mari donnait à sa femme un fond, il le répétait, mais non les fruits (L. 17, *eod*), ni les intérêts (L. 15, § 1, *eod.*). Le paiement à l'autre époux d'une dette non échue pour lui faire profiter des intérêts du temps intermédiaire était valable. (L. 31, § 6, *eod.*). Telle est la prohibition qui frappe les donations entre époux. En est-il de même de celle qui frappe la restitution anticipée de la dot ?

Elles ont cela de commun que le mari peut répéter les unes et les autres. Nous avons même dit que les empereurs Honorius et Théodose expliquent la nullité de la restitution de la dot par la nullité des donations entre époux. Mais le texte même où est relatée la décision de ces empereurs prouve que là n'est pas l'unique raison de la prohibition : ... *eadem uxore defuncta ab ejus heredibus cum fructibus ex die refusæ dotis marito restituatur*... Le mari se fait rendre non seulement la dot, mais les fruits. Alexandre Sévère (L. 8, C. *de donat. int. vir. et ux.*) et Dioclétien (L. 20, C. *de jur. dot.*) le décidaient ainsi pour le cas où le mari avait abandonné à la femme la jouissance de la dot; Julien et Ulpien (L. 21, § 1, D. *de donat. int. vir. et ux.*) donnent une même décision pour le cas où le mari aurait fait remise des intérêts de la dot promise. Or, ces mêmes jurisconsultes disent relativement aux donations entre époux : ... *fructus quoque, ut usuras licitam habere donationem* (Ulpien, L. 17, D. *de donat. int. vir. et ux.*). Les principes qui régissent les donations entre époux ne suffisent donc pas à expliquer notre seconde règle.

Les fruits de la dot ont pour objet, pour destination de subvenir aux charges du mariage; on ne peut changer cette destination. Et la défense de changer la destination de la dot pendant le mariage est une disposition indépendante, distincte, de la défense de donner. Celle-ci a pour but de conserver intact le patrimoine de chaque époux; or, la dot n'est dans les biens du mari que pour un temps; elle doit revenir à la femme; sa restitution anticipée ne serait donc que le payement anticipé d'une dette non échue, ce qui ne constitue pas une donation atteinte par la prohibition de donner. D'où il faut conclure que la nullité de cette restitution est une conséquence non des principes qui régissent les donations entre époux, mais d'une disposition légale qui défendait spécialement cette restitution.

26. — Ces deux règles souffrent des exceptions. L'étude de celles apportées à la première trouvera naturellement sa place dans la partie où nous traiterons de l'époque à laquelle peut être

intentée l'action *rei uxoriæ*. Nous nous sommes déjà trop longuement étendu sur la seconde de ces règles, qui ne touche à notre sujet que d'une façon fort indirecte, pour donner une analyse approfondie des exceptions qui y sont apportées; nous nous contentons de les énumérer. Elles sont au nombre de quatre : en premier lieu, le mari peut restituer la dot avant la dissolution du mariage, afin que la femme pourvoie elle-même à ses besoins et à ceux de ses esclaves : *ut se suosque alat* (L. 73, § 1, D. *de jur. dot.*); en second lieu, afin de payer des dettes : *ut æs alienum solvat* (L. 20 D. *sol mat.*); en troisième lieu, afin d'acheter un immeuble convenable : *ut fundum idoneum emat* (L. 73), *ut prædia idonea emat* (L. 20); en quatrième lieu enfin, afin que la femme puisse soutenir ou racheter de captivité des personnes qui lui touchent de près : *ut in exilium, ut in insulam relegato parenti præstet alimonia, aut ut egentem virum, fratrem sororemve sustineat* (L. 73); *ut liberis ex alio viro egentibus, aut fratribus, aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret* (L. 20).

SECTION III

DISSOLUTION PAR LA MORT DU MARI OU LE DIVORCE.

27. — Il ne suffit pas que le mariage soit dissout d'une façon quelconque, pour qu'il y ait lieu à ouverture de l'action *rei uxoriæ;* il faut aussi, du moins en règle générale, que la dissolution résulte du divorce ou de la mort du mari. Nous n'avons que peu de choses à dire sur cette troisième condition, nécessaire à l'exercice de notre action.

Il faut que le mariage soit dissout par la mort du mari, car, si la femme meurt *constante matrimonio*, la dot reste au mari : *mortua in matrimonio muliere, dos a patre profecta ad patrem revertitur... Quod si pater non sit, apud maritum remanebit.* (Ulpien, *frag.* Tit. VI, § 4). Cependant, comme on le voit d'après ce texte, la dot profectice fait retour au père s'il survit à sa fille, *ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret.*

La dot adventice reste toujours au mari. Par conséquent, toutes les fois que le mariage sera dissout par la mort de la femme et que la dot sera adventice, il n'y aura pas lieu à l'action *rei uxoriæ*. Cela s'explique par le motif même qui a fait admettre la restitution de la dot à la dissolution du mariage. On a eu pour but de faciliter aux femmes les seconds mariages ... *dotes salvas habere propter quas nubere possint.* Ici le motif n'existe plus et la restitution n'a pas lieu, ne peut pas être demandée par l'action *rei uxoriæ.*

Lorsque le mariage est dissout par divorce, il y a toujours lieu à l'action *rei uxoriæ*. Si la femme est *sui juris*, elle l'exerce elle-même; si elle est en puissance, le père a l'action mais en s'adjoignant la personne de sa fille : *Divortio facto, si quidem sui juris sit mulier, ipsa habet rei uxoriæ actionem, id est dotis repitionem; quod si in potestate patris sit, pater adjuncta filiæ personna habet actionem, nec interest adventitia sit dos, an profectitia.* (Ulp. *eod.* § 6.)

En résumé donc, « pour que l'action *rei uxoriæ* ne naisse pas, « dit M. Accarias, il faut d'abord que le mariage se dissolve par « la mort de la femme et, de plus, que son père soit prédécédé, « ou que la dot soit adventice (1). »

28. — Signalons deux hypothèses spéciales où il n'y a pas lieu non plus à l'ouverture de l'action *rei uxoriæ*. Si le mari et la femme meurent dans le même moment, la femme est réputée morte *in matrimonio* : *si in eodem momento temporis vir et uxor decesserint, Labeo ait in heredem viri pro portione dotis dandam hanc actionem (funerariam); quoniam id ipsum dotis nomine ad eum pervenit* (L. 32, § 1, D. *de rel.*).

La seconde hypothèse se présente en cas de meurtre. Si l'un des époux tue l'autre, le meurtrier n'a pas le bénéfice de sa survie : *si vir uxorem suam occiderit, dotis actionen heredibus uxoris dandam Proculus ait, et recte.* (L. 20, § 1, *sol mat.*)

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, n° 832, p. 1,047.

CHAPITRE III

À QUI COMPÈTE L'ACTION REI UXORIÆ.

29. — Pour déterminer à qui compète l'action *rei uxoriæ* nous allons successivement nous placer dans les trois cas où il y a lieu à l'exercice de cette action : dissolution du mariage par le divorce, la mort du mari, et, en cas de dot profectice, par la mort de la femme; nous rechercherons dans chacun d'eux à qui appartiendra l'exercice de notre action. Nous réunirons dans une seule et même section les deux cas de dissolution du mariage par le divorce ou la mort du mari, parce que cette dernière hypothèse, sur laquelle Ulpien est muet, comporte évidemment l'application des mêmes règles que la première.

SECTION I

DISSOLUTION DU MARIAGE PAR LE DIVORCE OU LA MORT DU MARI.

30. — Quand le mariage se dissout par le divorce, le mari doit rendre la dot, soit prefectice, soit adventice; mais à qui? Autrement dit, qui peut agir par l'action *rei uxoriæ* pour obtenir cette restitution? Ulpien distingue très nettement, pour répondre à la question, si la femme est *sui juris* ou soumise à la puissance paternelle. Nous allons donc étudier la question en examinant ces deux situations.

§ I. — *La femme est* SUI JURIS.

31. — La femme est-elle *sui juris*, c'est à elle qu'appartient l'exercice de l'action *rei uxoriæ;* elle l'exerce comme un bien qui lui est propre. Qu'elle ait été émancipée ou exhérédée par son père, qu'elle ne lui succède pas seule, elle reprend toujours sa dot, sauf, dans ce dernier cas, le rapport dont elle peut être tenue envers ses cohéritiers.

Et ce n'est pas seulement au jour du divorce, — ou de la mort

du mari, — mais aussi au moment de la *litis contestatio*, qu'on examine si la femme est *sui* ou *alieni juris : Eo autem tempore consentire filiam patri oportet quo lis contestatur; secundum hæc si filia dicat se patri consentire et ante litis contestationem mutaverit voluntatem, vel etiam emancipata sit, frustrà pater aget* (L. 22, § 5, D. *sol. mat.*). Si donc la femme est *sui juris* au jour du divorce, la dot, et par suite l'action en restitution, lui appartient définitivement; si au contraire elle ne devient *sui juris* qu'après le divorce, il faut faire une nouvelle distinction : le père a-t-il déjà agi avec le concours de sa fille, et la *litis contestatio* s'est-elle produite, la dot est à lui et seul il peut en poursuivre la restitution par l'action *rei uxoriæ*. Que si au contraire, entre le divorce ou la mort du mari et la *litis contestatio* la femme change de volonté, refuse son concours à son père, ou devient *sui juris*, le père ne peut plus agir. Par exemple, si le père a été condamné après la dissolution du mariage, ayant déjà exercé, du consentement de sa fille, l'action *rei uxoriæ*, le fisc redemandera la dot au père; mais si la condamnation s'est produite avant le consentement de la fille, celle-ci aura l'action. (L. 10, § 1. D. *de bon. dam.*); si le père n'a pas agi, la dot forme le patrimoine de la femme : *post divortium quoque patre damnato, qui idem consentiente filia non petierat, æque dotis actio mulieris est.* (L. 42, pr. D. *sol mat.*)

La loi 14, pr. *ad leg. falcid.* fait encore une application de ce principe en accordant à la fille instituée héritière pour partie (un sixième dans l'espèce), tout à la fois et la *quarte falcidie* et la dot, si le père n'a pas, avant sa mort, redemandé cette dernière avec le concours de sa fille.

§ II. — *La femme est* ALIENI JURIS.

32. — Dans ce cas, la femme est incapable d'avoir un patrimoine; aussi l'action appartiendra-elle au père. Cependant il ne pourra l'exercer qu'avec le consentement de sa fille. Le concours de l'un et de l'autre est ici nécessaire : *quod si in patris potestate est, et dos ab eo profecta sit, ipsius et filiæ dos est; denique*

pater non aliter quam ex voluntate filiæ petere dotem per se nec per procuratorem potest (L. 2, § 1, D. *sol. mat.*) ; *non solum autem in exigenda, sed etiam in solvenda dote quæ communis est patris et filiæ, utriusque voluntas exquiritur* (L. 3, *eod.*). Ainsi pour répéter la dot, ou constituer un mandataire chargé de la répéter, pour en recevoir le paiement, le concours de la fille est nécessaire ; il est aussi indispensable pour la régularité d'un paiement volontaire : *si gener socero, ignorante filia, dotem solvisset, non est liberatus...* (L. 34, § 6, D. *eod.*).

33. — Mais pourquoi le père n'est-il pas libre d'agir seul ? car enfin c'est contraire à tous les principes connus du droit romain, que le chef de famille soit obligé, pour agir en justice, d'obtenir le concours de ceux qui sont sous sa puissance. Nous ne voyons d'autre raison à cette grave dérogation au droit commun que le droit qui appartint longtemps au père d'imposer le divorce à sa fille. On craignit, et peut-être non sans raison ni sans exemple, que le chef de famille n'abusât de ce droit et ne fît du divorce une spéculation pour recouvrer ou s'approprier la dot.

34. — En exposant la nature et les caractères de notre action, nous avons vu que la fille en puissance pouvait, exceptionnellement, exercer cette action sans le concours de son père, si ce dernier était absent, dément, ou même si sa conduite faisait craindre qu'il ne dissipât la dot (L. 8, pr. *de proc.*) : *si, soluto matrimonio, pater furiosus sit..... agere filiæ permittendum erit. — Idem decernendum est si ab hostibus captus sit pater, puellæ dandam actionem de dote repetenda* (L. 22, § 10 et 11, *sol. mat.*) La proposition inverse est également vraie, et le père pourra agir sans le concours de sa fille, tout au moins lorsqu'elle est en état de folie : *Iulianus... scripsit, quasi ex voluntate filiæ videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat...* (L. 2, § 2. *eod.*). Mais si la fille est simplement absente, il faudra sa ratification : *...Sed si absens filia sit, dicendum erit non ex voluntate ejus id factum, cavendumque, ratam rem filiam habituram, a patre...* (L. 2, § 2, *eod.*). Cependant si la fille a été instituée héritière par son père, ou si elle a reçu un legs équiva-

lent à sa dot, quoiqu'elle n'ait pas ratifié, l'action *rei uxoriæ* lui sera refusée : *Si pater, filia absente, de dote egerit, et si omissa sit de rato satisdatio, filiæ denegari debet actio, sive patri heres exstiterit, sive in legato tantum acceperit quantum dotis satis esset, et ita Julianus pluribus locis scribit, compensandum ei in dotem quod a patre datur*:... (L. 22, § 3, *eod.*). D'ailleurs quand la fille agit seule, en l'absence du père, elle doit aussi obtenir la ratification de ce dernier (Ibid. § 4).

Enfin remarquons en terminant que l'action *rei uxoriæ* que le père ne pouvait intenter qu'*adjuncta filiæ personna*, continuera de lui appartenir après la mort de sa fille survenue postérieurement à la dissolution du mariage (L. 25, pr. *rat. rem habit.*)

SECTION II

DISSOLUTION DU MARIAGE PAR LA MORT DE LA FEMME.

35. — Pour que dans ce cas il y ait lieu à l'action *rei uxoriæ*, il faut que la dot soit profectice ; elle ne peut donc appartenir qu'au père : *Mortua in matrimonio muliere, dos a patre profecta ad patrem revertitur*... (Ulpien, *loc. cit.*). C'est uniquement en vue de ce retour légal qu'on s'applique à distinguer la dot profectice de la dot adventice, distinction indifférente à tous autres égards, en notre matière.

Ce retour légal est une sorte de faveur accordé à l'ascendant, *jure succursum est patri* (L. 6, pr. *de jur. dot.*), pour le consoler, *ut amissa filia solatii loco cederet* (*eod.*), et ne pas ajouter à la douleur que lui cause la mort de sa fille le regret de perdre son argent *ne et filiæ amissæ, et pecuniæ damnum sentiret* (*eod.*). « Hors ce cas, — dit M. Pellat, — le mari ne « rend la dot qu'autant qu'elle peut encore servir à la « femme... la dot reste chez le mari, à moins que celui qui « l'a constituée n'ait stipulé qu'elle lui serait rendue. » Mais dans ce dernier cas, ce n'est pas par l'action *rei uxoriæ*, mais par l'action *ex stipulata*, qu'on obtiendra la restitution de la dot.

36. — La dot profectice revient au père, que la fille meure émancipée ou en puissance. Si un père, en effet, constitue une dot pour sa fille émancipée, cette dot n'en est pas moins profectice : *quia non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam facit.* (L. 5, § 11, D. *de jur. dot.*).

Si la dot constituée pour une fille émancipée revient au père, la logique conduit à dire qu'il doit en être de même de la dot constituée par le père pour une fille en puissance, émancipée depuis. A l'appui de ce raisonnement nous avons plusieurs textes positifs. Ulpien nous dit en effet (L. 5, D. *de divortiis*) : *Si filia emancipata idcirco diverterat, ut maritum lucro dotis adficiat, patrem fraudet, qui profectitiam dotem potuit petere, si constante matrimonio decessisset, et ideo patri succurrendum est, ne dotem perdat; non enim minus patri quam marito succurrere prætorem oportet. Danda igitur est ei dotis exactio, atque si constante matrimonio decessisset filia.* Ce texte montre bien que la dot profectice revient au père quand la fille émancipée meure pendant le mariage. Nous pouvons citer dans le même sens les lois 10 pr. et 59, D. *sol. mat.* ; on lit dans la première : *... Ut, etiamsi in potestate non fuerit patris, dos ab eo profecta reverti ad eum debeat.* Paul soutient la même opinion (L. 71, D. *de evict.*).

De ces textes, il résulte encore que, si les époux ont divorcé dans le but de frustrer le père, on donne à ce dernier une action utile pour recouvrer la dot. C'est ce que décide également la loi 59, *sol. mat.* : *Filiæ meæ emancipatæ et ægræ vir in hoc repudium misit ut mortua ea dotem potius heredibus ejus quam mihi redderet. Sabinus dicebat, utile mihi ejus dotis reciperandæ judicium dandum esse. Gaius idem.*

37. — La dot n'est-elle profectice à l'égard du père que quand elle a été constituée par lui-même ? Nous avons sur cette question deux textes contradictoires.

Labéon, en citant l'opinion de Servius, répond affirmativement à notre question : *Avus, neptis nomine filio natæ, genero dotem dedit et moritur. Negat Servius dotem ad patrem reverti, et ego*

cum Servio sentio, quia non potest videri ab eo profecta, quia nihil ex his sui habuisset (L. 79, D. *de jur. dot.*).

Celsus donne une décision contraire : *Dotem quam dedit avus paternus, an, post mortem avi, mortua in matrimonio filia, patri reddi oporteat quæritur. Occurrit æquitas rei, ut, quod pater meus propter me filiæ meæ nomine dedit, perinde sit, atque ipse dederim, quippe officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet, et quia pater filiæ, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet. Quid, si filius a patre exheredatus est? Existimo non absurde etiam in exheredato filio idem posse defendi; nec infavorabilis sententia est, ut hoc saltem habeat ex paternis quod propter illum datum est* (L. 6, D. *de coll. bon.*).

Comment concilier ces deux textes ? Pothier (1) et Glück (2) expliquent que la décision de Servius et de Labéon paraît fondée sur les principes rigoureux du droit. En effet, une dot n'est profectice qu'autant qu'elle sort des biens ou provient du fait de l'ascendant ; et dans notre hypothèse c'est l'aïeul et non le père qui a donné la dot. Mais d'après l'équité, on peut décider que l'aïeul qui dote sa petite-fille a voulu que cette dot revînt à son fils. C'est en considération de son fils, auquel, en sa qualité de père, incombe en première ligne le devoir de doter sa fille, que l'aïeul fait une constitution de dot à cette dernière. Dans cette circonstance n'est-il pas juste que cette dot soit rendue à celui en considération de qui elle a été donnée.

Un autre système est proposé (3). Il faut distinguer si c'est en contemplation de sa petite-fille ou de son fils que l'aïeul a constitué la dot. Dans le premier cas la dot ne reviendrait pas au fils, l'aïeul n'ayant eu en vue que sa petite-fille, n'ayant pris en considération que son affection pour elle, et n'ayant nullement songé à rendre service à son fils. Ce serait là l'espèce de la loi 79. —

(1) Pand. tit., *sol. mat.*, n° 2.

(2) Pand. tit. XXV, p. 51.

(3) Pacius, *Leg. conciliat.*, cent. V, quest. 55.

Dans le second cas, au contraire, l'aïeul ayant eu l'intention de rendre service à son fils, de le décharger du devoir de doter sa fille, la dot donnée en considération du fils ferait retour au fils ; et ce serait l'hypothèse de la loi 6.

Nous nous rangeons à ce second système qui nous paraît conforme aux textes. Nous trouvons en effet dans la loi 79 les expressions : ... NEPTIS NOMINE *filio natæ, genero dotem dedit...* C'est au nom de sa petite-fille que l'aïeul a donné la dot. Il n'en est pas de même dans la loi 6 ; nous y lisons en effet : ... *Pater meus* PROPTER ME *filiæ meæ nomine dedit,... officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet... avus propter filium nepti dotem dare debet.... Saltem habeat ex paternis quod* PROPTER ILLUM *datum est.* C'est à cause de moi que mon père a doté ma fille,... son devoir envers sa petite-fille naît de son devoir envers son fils.... C'est à cause du fils, en sa considération que l'aïeul doit doter la petite fille... *il faut* que le fils ait au moins de son père les biens que ce dernier a donnés à cause de lui. Toutes ces expressions n'indiquent-elles pas que l'aïeul a agi ici uniquement en contemplation de son fils?

38. — En résumé si le mariage est dissous par le divorce ou la mort du mari, l'action *rei uxoriæ* appartient à la femme, si elle est *sui juris ;* au père, assisté de sa fille, si cette dernière est sous sa puissance. Si le mariage est dissous par la mort de la femme, l'action appartient au père, mais au cas seulement ou la dot est profectice. Exceptionnellement le père aura encore l'action *rei uxoriæ* quand l'aïeul aura doté sa petite-fille, en considération du père.

CHAPITRE IV

CONTRE QUI ET A QUELLE ÉPOQUE PEUT ÊTRE EXERCÉE L'ACTION *rei uxoriæ*. DE LA PREUVE.

39. — Nous savons quelles sont les personnes qui peuvent exercer l'action *rei uxoriæ*. Nous allons maintenant rechercher quelles sont celles contre lesquelles on peut agir par cette action; à quelle époque cette action pourra ou devra être mise en œuvre, et enfin quelles preuves on devra fournir pour réussir dans la poursuite de la restitution de la dot.

SECTION I

CONTRE QUI SERA EXERCÉE L'ACTION REI UXORIÆ.

40. — L'action *rei uxoriæ* doit être intentée contre quiconque a reçu la dot au moment du mariage ou ses héritiers. Pour bien préciser ce point, il nous faut placer dans quatre hypothèses différentes : 1° le mari *est sui juris* au moment de la constitution de la dot et l'est encore au moment de la dissolution du mariage; 2° le mari est *alieni juris* aux mêmes époques; 3° De *sui juris* il est devenu *alieni juris*; 4° enfin d'*alieni juris* il est devenu *sui juris*. C'est le droit commun qui s'applique dans toutes ces circonstances, nos explications seront donc très brèves.

§ I. — *Le mari est* SUI JURIS.

41. — Dans ce cas la dot n'a pu être donnée qu'à lui ou à un tiers par lui désigné; c'est donc lui qui sera tenu de l'action *rei uxoriæ*. ... *Adversus ipsum maritum competere* (*dotis actionem*), *palam est : sive ipsi dos data sit, sive alii ex voluntate mariti, vel subjecto juri ejus, vel non subjecto* (L. 22, § 12, *sol. mat.*). L'obligation du mari se transmet tout entière aux héritiers.

§ II. — *Le mari est* ALIENI JURIS.

42. — Ici il faut faire une distinction : le mari, fils de famille, a-t-il reçu la dot sans l'ordre de son père, il est personnellement tenu de l'action *rei uxoriæ* : *Si filiofamilias dos data est, ipse quidem dotis actione tenetur* (L. 53, *eod.*). Toutefois, même dans ce cas, le père peut être poursuivi par l'action *rei uxoriæ de in rem verso* ou *de peculio : pater ejus autem de peculio,* continue la loi 53. Nous lisons ailleurs : *Si filiofamilias dos data sit injussu patris de peculio quidem agetur...* (L. 25, pr. *eod.*, en ce sens L. 22, § 12, *in fine, eod.*). Peu importe d'ailleurs que la dot se trouve dans le pécule ou non ... *Nec interest in peculio rem vel pecuniam dotalem habeat, necne* (L. 53, *eod.*). La dot a-t-elle été donnée au père lui-même, ou au fils sur l'ordre du père, le père est tenu *in solidum : Sed si filiusfamilias sit maritus, et dos socero data sit, adversus socerum agetur. Plane si filio data sit, si quidem jussu soceri, adhuc absolute sœer tenebitur...* (L. 22, § 12, *eod.*).

§ III. — *Le mari de* SUI JURIS *est devenu* ALIENI JURIS.

43. — C'est par l'adrogation que ce changement d'état s'opère. En même temps que le mari passe sous la puissance de l'adrogeant, tous ses biens, y compris ceux qu'il a reçus en dot, passent à ce dernier. Les charges auxquelles ces biens dotaux doivent subvenir passeront aussi au père adoptif. C'est ce que dit Paul : *Onera ejus qui in adoptionem datus est ad patrem adoptivum transferuntur* (L. 45, D. *De adopt. et emancip.*). *Onera* désignent évidemment les charges matrimoniales, et non les dettes, comme l'a dit Pothier (Pand., *tit. de adop.*, n° 29). Les dettes de l'adrogé ne passent pas à l'adrogeant ; elles sont même éteintes pour l'adrogé, par suite de sa *capitis deminutio*. Mais les créanciers peuvent, soit, d'après Gaius, obtenir une action utile, soit, d'après Ulpien, agir *de peculio* contre l'adrogeant.

C'est donc ici une dérogation au droit commun : le père adoptif

en prenant la dot est tenu des charges matrimoniales, par suite de l'action *rei uxoriæ*.

44. — Mais nous savons aussi que la *capitis deminutio* ne fait pas disparaître, chez le *capite minutus*, l'obligation de restituer la dot; par conséquent l'action s'exercera tout à la fois contre l'adrogé et contre l'adrogeant. En agissant contre ce dernier faudra-t-il avoir recours aux modifications *de peculio* ou *de in rem verso ?* Nous ne le croyons pas; la dot, en effet, passe à l'adrogeant avec son caractère dotal et sa destination spéciale de subvenir aux charges du mariage, — l'adrogeant a le fardeau de ces charges. Nous ne voyons donc pas pourquoi l'on n'agirait pas *de plano*, contre le père adoptif, par l'action *rei uxoriæ*. Ce dernier n'est pas dans la position du père sans l'ordre duquel la dot a été reçue par le fils; il se trouve dans la situation inverse, celle où le fils a reçu la dot sur l'ordre de son père.

§ IV. — D'ALIENI JURIS *le mari est devenu* SUI JURIS.

45. — Ce changement d'état peut se produire de deux façons, soit par la mort du chef de famille sous lequel le fils est en puissance, soit par l'émancipation. Examinons séparément ces deux hypothèses.

a). — Le mari devient SUI JURIS *par la mort du chef de famille.*

46. — Dans cette hypothèse le mari prélève la dot tout entière dans la succession paternelle, bien qu'il ne soit héritier que pour partie : *Fundus qui dotis nomine socero traditus fuerit, cum socer filium ex aliqua parte heredem instituerit, per arbitrium familiæ erciscundæ præcipi ita debet, ut ea causa filii sit in qua futura esset si dos per præceptionem legata fuisset* (L. 51, D. *fam. ercis.*); Ulpien dit également : *Hoc amplius filiusfamilias heres institutus dotem uxoris suæ præcipiet...* (L. 20, § 2, *eod.*). Le fils prélève donc la dot comme si elle lui avait été léguée *per præceptionem*. Il la prélève, non seulement

quand elle a été donnée au père, mais encore lorsqu'elle lui a été remise à lui-même ; toutefois, dans ce cas le prélèvement s'exerce dans les limites du pécule ou du profit que le père a retiré : ... *Præcipere non solum patri datam dotem filium oportere, verum etiam ipsi filio, Marcellus scribit, sed filio datam tamdiu quamdiu peculium patitur, vel in rem patris versum sit* (*eod.*). Par conséquent le mari sera toujours tenu de l'action *rei uxoriæ*.

47. — En sera-t-il tenu seul? Non; tous ses cohéritiers en sont aussi tenus, chacun pour sa part héréditaire et dans les limites où le père lui-même en était tenu. Aussi le mari devra-t-il donner caution à ses cohéritiers de les garantir de l'action en restitution de dot : ... *Integram igitur dotem præcipiet, et cavebit defensum iri coheredes, qui ex stipulatu possunt conveniri... (eod.)*. Il ne faut pas que ces mots *ex stipulatu*, induisent en erreur; on pourrait croire que les héritiers sont uniquement exposés à l'action *ex stipulatu*, il n'en est rien. Ulpien, auteur de la loi que nous venons de citer, dit ailleurs : ... *Si socer filio suo exheredato dotem nurus legasset..... non alias eum legatum consecuturum, quam si caverit heredes adversus mulierem defensu iri. Et differentia facit (Julianus) inter eum cui dos relegata est, et orcinum libertum cui peculium legatum est; namque eum de peculio posse conveniri ait, heredem non posse...; at dotis actio nihilominus competit, etsi dotem desierit habere* (L. 1, § 10 *de dot. præleg.*). Les cohéritiers du mari sont donc également tenus de l'action *rei uxoriæ*.

48. — Qu'arrivera-t-il si le mari, fils de famille, est institué héritier sous condition ? Il faut distinguer : si le mariage a été dissout, — et ce ne peut être que par le divorce, — avant le décès du père, le fils ne peut prélever la dot, puisqu'il n'a plus à supporter les charges du mariage. L'action, ne pouvant être intentée contre le mari qu'autant qu'il est héritier de son père, restera en suspens, tant qu'il sera incertain si le mari est héritier : *Si maritus sub conditione a patre heres institutus sit,*

interim uxoris de dote actionem pendere... (L. 46, *fam. ercisc.*). Mais si le mariage est dissout après la mort du père, le fils, chargé dès le moment de cette mort de supporter les dépenses du mariage, peut prélever la dot destinée à faire face à ces impenses, car la dot lui appartient indépendamment de sa qualité d'héritier. Il en est tout autrement de l'obligation de restituer la dot. C'est le père, en la recevant, qui a contracté cette obligation ; elle est donc une dette héréditaire et ne pèsera par suite sur le mari que s'il est héritier. Aussi les cohéritiers ne laisseront-ils prélever la dot qu'en exigeant du mari caution qu'il les défendra contre l'action en restitution : ... *Plane si post mortem soceri divortium factum sit, quamvis pendente conditione institutionis, dicendum est præceptioni dotis locum esse, quia mortuo patre quædam filios sequuntur, etiam antequam fiant heredes, ut matrimonium*, etc. *(eod.). — Et ait (Julianus) agi quidem cum marito exheredato de dote non posse* (L. 1, § 10, *de dote præleg.*). Dans ce cas, c'est donc contre les héritiers que devra être intentée l'action *rei uxoriæ;* elle atteindra indirectement le mari qui est caution.

b). — Le mari devient SUI JURIS *par suite de son émancipation.*

49. — Au moment de son émancipation, le fils de famille a le droit d'emporter la dot de sa femme pour subvenir aux charges matrimoniales qui dorénavant vont peser sur lui. Sera-t-il tenu de l'action *rei uxoriæ ?* Il faut faire les mêmes distinctions que précédemment.

A-t-il reçu la dot sur l'ordre de son père, ou a-t-elle été remise à ce dernier : dans ce cas le père reste tenu parce qu'il a contracté une obligation personnelle. Aussi devra-t-il, croyons-nous, se faire donner caution par son fils émancipé qu'il le garantira contre l'action *rei uxoriæ.*

Le fils, au contraire, a-t-il reçu la dot *injussu patris;* il est tenu personnellement, et l'on ne pourra recourir contre son père que *de peculio* ou *de in rem verso.*

50. — En résumé donc, seront tenus de l'action *rei uxoriæ :*

le mari *sui juris* au moment de la constitution de dot et resté tel jusqu'à la dissolution du mariage; le mari *alieni juris* qui a reçu la dot sans l'ordre de son père et celui-ci jusqu'à concurrence du pécule ou du profit retiré; le père du mari *in solidum*, quand il a reçu lui-même la dot ou qu'elle a été remise au fils sur son ordre; l'adrogeant quand le mari s'est donné en adrogation; enfin les héritiers du mari *sui juris* ou de son père, quand il est en puissance.

SECTION II

A QUELLE ÉPOQUE PEUT ÊTRE EXERCÉE L'ACTION REI UXORIÆ.

51. — A quelle époque pourra-t-on agir contre ces personnes par l'action *rei uxoriæ?* Nous avons vu que parmi les conditions nécessaires à l'ouverture de notre action, la dissolution du mariage en est une indispensable; c'est à ce moment que la dot doit être restituée, c'est donc à ce moment qu'on pourra poursuivre cette restitution par notre action. Cependant, en ce qui concerne la restitution, il faut se rappeler la distinction essentielle que font les romains entre les corps certains et les quantités, les choses qui se déterminent par le nombre, le poids ou la mesure.

L'obligation du mari a-t-elle pour objet des corps certains; il est tenu de les restituer immédiatement, sans délai, car il doit les avoir sous la main, sinon il est en faute de ne les avoir pas conservés et sa faute ne doit pas lui procurer un répit. Mais si, au contraire, il a reçu une somme d'argent, ou des choses qui se mesurent ou qui se pèsent, il peut avoir besoin d'un temps plus ou moins long pour se les procurer. Dans ce cas on lui accorde des délais et la restitution se fractionne en trois parties égales qui seront exigibles un an, deux ans et trois ans après la dissolution du mariage, sauf pourtant les clauses contraires : *Dos si pondere, numero mensura contineatur, annua, bima trima die redditur; nisi ut præsens reddatur convenerit. Reliquæ dotis statim redduntur* (Ulpien, frag. VI, § 8.)

52. — Le moment de la restitution de la dot varie donc, en est-il de même de l'exercice de l'action *rei uxoriæ* ?

Lorsqu'il s'agit de corps certains, pas de difficultés : ils sont immédiatement exigibles à la dissolution du mariage, l'action *rei uxoriæ* pourra donc s'exercer immédiatement.

Mais quand il s'agira de quantités pour lesquelles le mari a un délai, la femme devra-t-elle agir plusieurs fois? Nous ne le croyons pas; la solution contraire compliquerait la procédure, car, pour ne pas épuiser son droit, la femme devrait faire insérer une *præscriptio* dans la formule. Selon nous, l'action peut être exercée pour le tout, même avant l'échéance du premier terme. Pour les termes non échus, le mari devra donner satisdation; s'il ne le peut, il sera condamné pour le tout, déduction faite des intérêts, et s'il ne le veut, on ne lui tiendra même pas compte des intérêts.

Cette solution nous semble résulter de ce texte d'Ulpien : *Quoties mulieri satisdandum est de solutione dotis post certum tempus, si maritus satisdare non possit, tunc deducto commodo temporis, condemnatio residui representatur; sed si cum maritus, satisdare posset, nollet, in solidum eum condemnandum, Mela ait, non habita ratione commodi temporis...* Pourquoi le mari devrait-il donner satisdation pour les termes de la dot non échus, si la femme ne pouvait agir pour le tout dès la dissolution du mariage? Et au cas où il ne pourrait ou voudrait donner satisdation, être condamné pour le tout avec déduction des intérêts dans la première hypothèse, sans déduction quand il y a de sa part mauvaise volonté?

Un autre motif milite en faveur de cette opinion : c'est l'impossibilité où se trouverait la femme de transmettre son action à ses héritiers, si elle venait à mourir avant l'échéance du terme. Ne pouvant agir de suite, en effet, elle ne pourrait mettre son mari en demeure. Son action se trouverait donc éteinte par une cause qu'il lui serait impossible de prévenir; ce qui nous paraît inadmissible.

C'est donc toujours à la dissolution du mariage que s'exercera

l'action *rei uxoriæ*, et elle s'exercera pour toute la dot, qu'il s'agisse de corps certains ou de quantités.

53. — Nous avons déjà établi que la dot ne pouvait ni être redemandée, ni être restituée pendant le mariage. C'est là une double règle qui trouve sa raison d'être dans la destination même de la dot. La seconde de ces règles, que la dot ne peut être restituée pendant le mariage, souffre quelques exceptions, nous les avons indiquées. N'y en aura-t-il jamais à la première, que la dot ne peut être redemandée pendant le mariage? Le mari pourra-t-il impunément compromettre la restitution de la dot en se rendant insolvable?

Ulpien nous apprend que la femme peut réclamer sa dot, lorsque l'insolvabilité du mari la met en péril : *Si constante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus? Et constat exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.* (L. 24, pr. D. *sol. mat*). Au moment donc où il apparaît que les facultés du mari ne vont plus suffire pour le payement de la dot, la femme peut agir *constante matrimonio*. La loi 29, au code *de jur. dot.* nous permet de parler ainsi, car si nous nous en tenions au texte d'Ulpien, il faudrait qu'il fût déjà manifeste que les ressources du mari ne suffisent plus; mais il suffit que le mari, par sa mauvaise administration, ait donné à la femme des craintes sérieuses pour le recouvrement de sa dot : *Ubi adhuc constante matrimonio maritus ad inopiam sit deductus et mulier prospicere velit...*

Par quelle action agira-t-on? Ce sera par l'action *rei uxoriæ*; on accorde à la femme la même action qu'après la dissolution du mariage, en feignant qu'un divorce est intervenu. C'est ce que nous apprend Justinien : *cum constante etiam matrimonio posse mulieres contra maritorum parum idoneorum bona hypothecas suas exercere jam nostra lege humanitatis intuitu definitum sit : ficti divortii falsa dissimulatione in hujus modi causa quam nostra lex amplexa est, stirpitus eruenda.* (L. 30, C. *de jur. dot.*) On accordait donc à la femme une action *rei uxoriæ*

utilis, quasi divortio facto. Voilà pourquoi nous avons dit, en exposant les conditions nécessaires à l'ouverture de notre action, qu'il fallait un mariage dissous au moins fictivement. C'est d'ailleurs le seul cas. On voit que Justinien ne veut plus de cette fiction.

SECTION III

DE LA PREUVE.

54. — Quelle preuve auront à fournir les personnes qui poursuivront la restitution de la dot. L'*instrumentum dotale* suffira-t-il pour servir de fondement à l'action *rei uxoriæ?* S'il a été perdu ou déchiré, comment y suppléera-t-on?

Pour répondre à ces diverses questions, il faut distinguer deux hypothèses : celle où le constituant agit lui-même, et celle où la femme agit à raison d'une dot constituée par un tiers.

§ I. — *Le constituant agit lui-même.*

55. — Le constituant est tenu de prouver non seulement que la dot a été constituée, mais qu'elle a été livrée. Autrement, étant encore débiteur de la dot, il ne pourrait exiger qu'une chose, c'est que le mari le libérât de son obligation : ... *nec enim æquum esse ait (Julianus) ut ei damnetur ejus pecuniæ nomine quam ipsa debeat, et satis esse eam acceptilatione liberari.* (L. 41, § 4, D. *de jur. dot.*) Le mari doit donc simplement restituer à la femme ce qu'il a, c'est-à-dire sa créance, restitution qu'il opérera en la libérant par acceptilation.

Si c'est un débiteur de la femme qui a promis la dot au mari, celui-ci pourrait être en faute de ne l'avoir pas exigée; mais si la femme est devenue héritière de ses débiteurs, elle ne peut plus reprocher cette faute au mari et le faire condamner à lui rendre une somme qu'elle devrait préalablement lui payer. Son action n'aboutira donc qu'à obtenir acceptilation. Elle sera considérée comme ayant elle-même constitué la dot : *Si debitor*

mulieris dotem promiserit et mulierem heredem reliquerit, Labeo pernide habendum ait ac si mulier ipsa dotem promisisset (eod.). Ces deux hypothèses sont un seul et même cas.

Par conséquent, lorsque le mari est actionné par le constituant, celui-ci doit prouver que la dot a été payée, sans quoi il ne peut l'exiger. Le mari qui aurait, par erreur, rendu une dot qu'il n'a pas reçue, pourrait la répéter : *Maritus dotem quam non accepit, post divortium per errorem solvit, repetet : quia non numeratam caverat exigi enim ab eo non potuit.* (L. 52, D. *sol. mat.*).

56. — Le paiement de la dot constaté dans l'*instrumentum dotale* ne serait pas une preuve suffisante : *Dotem numeratione non scriptura dotalis instrumenti facit; non ignoros ita demum te ad petitionem dotis admitti posse, si dotem a te re ipsa datam probatura es* (L. 1, C. *de dot. caut. non numer.*). Le mari peut opposer l'exception *non numeratæ dotis*, et cette exception met la preuve à la charge du demandeur.

On peut même prouver que la dot est plus considérable que ne l'indique l'*instrumentum dotale* : *Cum citra fidem etiam instrumentorum datam dotem aliunde probanti, post divortium quondam uxoris tuæ secundum bonam fidem restitui debere constet,...* (L. 15, C. *de jur. dot.*). La fin de cette loi semblerait dire que les autres moyens de preuve ne peuvent être admis que lorsque l'*instrumentum dotale* fait défaut, et par suite donner une certaine force probante à l'*instrumentum* : *Amissis etiam instrumentis sine dubio cœtera probationum indicia jure prodita non habentur irrita.* Mais ce passage n'a trait, croyons-nous, qu'à la constitution de dot. Elle se prouve, en effet, par l'*instrumentum dotale*; quant au versement de la dot aux mains du mari, il se prouve par tous autres moyens, et ces autres moyens sont, comme on le sait : un écrit, une quittance par exemple, la preuve testimoniale, le serment, l'aveu, les présomptions.

§ II. — *La femme agit à raison d'une dot constituée par un tiers.*

57. — La femme, dans ce cas, n'a pas besoin de faire la

preuve d'une numération réelle ; il lui suffit d'établir que le mari aurait pu se faire payer la dot, de telle sorte, que si c'est un étranger qui a promis la dot et qu'il soit devenu insolvable, on imputera au mari de ne l'avoir point poursuivi : *Si extraneus sit qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito cur eum non convenerit...* (L. 33, D. *de jur. dot.*).

Cependant, d'après Ulpien, il faut distinguer à quel titre, en quelle qualité s'était engagé celui qui avait promis la dot au mari. Etait-ce par nécessité, comme débiteur de la femme qu'il s'était obligé ; le mari serait en faute de ne l'avoir pas poursuivi alors qu'il était solvable :... *maxime si ex necessitate, non ex voluntate, dotem promiserat...* (*eod*).

Mais si le constituant a voulu faire une donation, le mari est excusable de n'avoir pas poursuivi rigoureusement un homme qui avait fait une libéralité et qu'il ne pouvait faire condamner que jusqu'à concurrence de ses facultés :... *Nam si donavit, utcumque parcendum marito qui eum non præcipitavit ad solutionem, qui donaverat, quemque in id quod facere posset, si convenisset, condemnaverat...* (*eod.*).

58. — Cette loi 33 donne lieu à plusieurs difficultés. Il en résulterait que la dot promise par un débiteur de la femme serait aux risques du mari ; que, au contraire, la dot promise par un donateur serait aux risques de la femme.

Ce second point donne naissance à une première difficulté. Ulpien se trouve en opposition avec Paul. Ce dernier jurisconsulte, questionné pour savoir si le donateur peut opposer au délégataire l'exception dont il aurait pu exciper à l'égard du donataire qui l'a délégué, et ce qu'il faut décider quand celui qui a promis une dot au mari voulait faire par là une donation à la femme, répond : *Nulla creditor exceptione summoveretur, licet is, qui ei delegatus est, poterit uti adversus eum cujus nomine promisit ; cui similis est maritus, maxime si constante matrimonio petat* ;... (L. 41, pr. D. *de re judicata*). Ainsi, d'après Paul, le principe serait que l'exception, opposable par le donateur au donataire, ne pourra être soulevée contre le délégataire. Cette

exception n'est autre que l'exception *quod facere potest ;* cela résulte d'une décision de Tryphoninus insérée dans la loi 33, *de novationibus,* et où il donne une solution semblable à celle de Paul. Et remarquons que l'exception ne pourra jamais être opposée au délégataire, que la délégation ait eu lieu à titre gratuit ou à titre onéreux ; c'est ce que dit Hermogénien : *Si cum Primus tibi donare vellet, et tu donandi Secundo voluntatem haberes, Primus Secundo ex voluntate tua stipulanti promiserit... et quidem in solidum, non in id quod facere potest, condemnatur.* (L. 33, § 3, D. *de donat.*).

59. — Comment concilier ces textes, les décisions de Paul et d'Ulpien ? Cujas (1) pense qu'il faut suppléer certaines ellipses dans la loi 33 *(de jur. dot.)* et lire : *Utcumque parcendum marito qui eum non præcipitavit ad solutionem, qui donaverat* MULIERI, *quemque* MULIER *in id quod facere posset, si ipsa convenisset,* CONDEMNATURA ERAT. Le mari dirait donc à la femme : Vous ne pouvez me reprocher ni m'imputer à faute d'avoir ménagé celui que vous auriez vous-même ménagé et qui est votre bienfaiteur.

« ... Il me paraît difficile, dit M. Pellat, que les verbes de cette « phrase incidente : *quemque... si convenisset, condemnaverat,* « aient pour sujet la femme, qui n'est nommée ni dans cette « période, ni dans la précédente, quand le verbe de la phrase « principale, *præcipitavit,* a pour sujet le mari : le sujet ne « change pas ainsi sans que quelque chose, au moins un pro- « nom, *ipsa,* par exemple, en avertisse (2). »

Aussi M. Pellat propose-t-il d'admettre qu'Ulpien, plus enclin à l'équité, a pensé que le mari n'est pas un délégataire ordinaire, étranger aux relations du délégant et du délégué et qu'il doit partager la reconnaissance de la femme pour le donateur.

Nous nous rangeons à cet avis qui nous paraît préférable à la

(1) Observ., XII, 17 (T. III, p. 316).

(2) Textes sur la dot, 1847, L. 33, *de jur. dot.*, p. 144.

conciliation proposée par Cujas. Cette dernière a le tort de modifier complètement un texte, ou tout au moins de lui prêter une construction absolument en opposition avec une construction grammaticale.

60. — Ulpien donne une même solution quand le constituant est le père de la femme ou la femme elle-même et que le mari ne les a point poursuivis... *Sed si vel pater vel ipsa promiserunt, Julianus... scribit, etiam si pater promisit periculum respicere ad maritum; quod ferendum non est. Debebit igitur mulieris esse periculum; nec enim quisquam judex propriis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit, non urserit ad exsolutionem, multo minus cur ipsam non convenerit...* (*Ead. leg. 33, sup. cit.*).

Ici donc la femme qui poursuit le mari en restitution de dot, après même avoir prouvé qu'il aurait pu se faire payer la dot, se verra repousser dans ses prétentions, quand c'est contre elle-même ou son père que le mari aurait dû agir. Julien était d'un avis opposé, au moins en ce qui concerne le père de la femme, avis qui se retrouve dans la loi 30, § 1, D. *sol. mat.* On admet généralement que c'est par mégarde que ce dernier texte a été conservé par les compilateurs du digeste.

Ulpien reproche à Julien de mettre les risques à la charge du mari, même quand c'est la femme qui a promis la dot. Ce point n'est pas du tout certain, car Paul, dans la loi 41, § 4, *de jur. dot.*, cite l'opinion de Labéon, approuvée par Julien, qui décide que la femme ne peut redemander au mari une somme dont elle est elle-même débitrice... *Nec æquum esse ait, ut ei damnetur ejus pecuniæ nomine quam ipsa debeat.*

Enfin, si le mari a reçu une promesse de dot sous condition d'un débiteur de la femme, sachant ce débiteur insolvable, le mari sera tenu vis-à-vis de la femme; mais elle devra prouver que le mari connaissait cette insolvabilité. Si, au contraire, l'insolvabilité s'est produite postérieurement à la promesse, mais avant la réalisation de la condition, la perte sera pour la femme. (L. 41, § 3, D. *de jur. dot.*)

En résumé, la femme qui agit contre son mari en recouvrement de sa dot constituée par un tiers, n'a qu'une chose à prouver : la possibilité qu'a eue le mari de se faire payer. Si le mari prétend n'avoir rien reçu, il doit prouver que sa conduite est exempte de faute. S'il fait cette preuve, il n'est tenu que de céder ses actions; sinon, il sera condamné comme s'il avait reçu la dot.

61. — Ici finit la première partie de notre étude. Nous avons étudié l'action *rei uxoriæ* considérée en elle-même; nous allons maintenant voir quels sont ses effets, ce qu'obtient celui qui l'exerce, ses causes d'extinction, les faveurs qu'elle fait naître pour chaque époux. C'est ce qui va faire l'objet de notre seconde partie.

DEUXIÈME PARTIE

De l'action rei uxoriæ considérée dans ses effets.

CHAPITRE I

OBJET DE LA RESTITUTION POURSUIVIE PAR L'ACTION REI UXORIÆ.

62. — Notre action, ayant pour but la restitution du capital dotal, aura naturellement pour objet toutes les choses apportées à titre de dot. Or, toutes les choses qui composent l'ensemble d'un patrimoine, droits de propriété, de gage d'hypothèque et en général tous biens, meubles ou immeubles, tous droits réels ou personnels peuvent être constitués en dot. Par conséquent, chacune de ces choses peut être comprise dans l'objet de l'action *rei uxoriæ*. Pour donc bien envisager cet objet de notre action, il nous faut successivement parcourir tout ce qui peut être compris dans une constitution de dot.

Plusieurs divisions s'offrent à nous; la plus naturelle nous paraît être celle même des choses. Nous étudierons donc d'abord ce qu'on obtiendra par l'action *rei uxoriæ* quand la dot consistera en choses corporelles, et ensuite ce qu'on obtiendra quand la dot se composera de choses incorporelles.

SECTION I

CHOSES CORPORELLES.

63. — Les choses sont, ou de création naturelle, ou de création juridique. Les premières sont celles qui existent réellement, physiquement, *quæ tangi possunt*, disent les Romains;

on les appelle aussi « corps certains. » Ce sont de ces choses constituées en dot dont nous allons nous occuper.

Elles peuvent avoir été données en dot avec ou sans estimation. Ces choses peuvent encore avoir une nature telle qu'on ne puisse en faire usage sans les consommer. Envisageons-les à tous ces divers points de vue.

§ I. — *Corps certains non estimés.*

64. — La chose corporelle constituée en dot peut avoir augmenté pendant le mariage, avoir acquis des accessoires. De là une double obligation pour le mari : il devra rendre et le corps certain proprement dit et ses accessoires

A. — Corps certains proprement dits.

65. — Le mari qui a reçu en dot des choses individuellement déterminées et non estimées doit les rendre en nature. Il les rendra dans l'état où elles se trouveront au moment de la dissolution du mariage, ou mieux, de la mise en demeure. Il doit les rendre immédiatement, aucun délai ne lui est accordé contrairement à ce qui a lieu pour les quantités : ... *Reliquæ dotes* (c'est-à-dire les choses qui ne se déterminent pas par le poids, le nombre ou la mesure), *statim redduntur* (Ulp. frag. VI, § 8, *sup. cit.*).

Remarquons que le pouvoir du mari d'hypothéquer ou d'aliéner les meubles dotaux ne changent pas son obligation : il est et reste débiteur de corps certains.

Il doit les rendre francs et quittes de toutes charges dont il les aurait grevés. Mais les risques demeurent à la charge de la femme. Elle supporte toutes les détériorations, même la perte totale survenue avant la mise en demeure; de même aussi et par contre, elle profite de tous les accroissements et améliorations.

Cependant la perte totale, survenue même après la mise en demeure, retombera sur la femme, s'il est démontré que la chose

aurait également péri entre ses mains : *Sive... et sua natura res ante rem judicatam intercederit... Sabinus et Casius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt : quia æquum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.* (L. 14, § 1. D. *dep. vel. cont.*).

66. — Le mari répond non seulement de son dol, mais de sa faute : *In his rebus quas præter numeratam pecuniam dotis vir habet, dolum malum et culpam eum præstare oportere Servius ait.* (L. 66, pr. D. *sol. mat.*).

De quelle faute est-il ici question ?

Ce n'est pas de la faute lourde évidemment; on en est toujours tenu, comme du dol. Le mari est d'ailleurs obligé, dans son intérêt, et par conséquent doit aussi répondre de sa faute légère. Mais nous savons qu'il y a deux degrés dans la faute légère, suivant qu'on prend comme type un administrateur idéal, irréprochable, tel qu'un père de famille très diligent; tout fait répréhensible que n'aurait pas commis ce modèle devient une faute : c'est la faute légère *in abstracto*; ou suivant qu'on prend en considération l'individu en cause lui-même, et alors il y aura faute s'il n'apporte pas à la chose qu'il gère les mêmes soins et diligences qu'à sa propre chose : c'est la faute légère *in concreto*. De laquelle de ces fautes le mari sera-t-il tenu ?

La loi 17, pr. D. *de jur. dot.* nous répond : *Diligentiam præstabit quam in suis rebus exhibet.* Le mari doit à l'administration des choses dotales les mêmes soins qu'il apporte à l'administration des siennes; il sera donc tenu de la faute légère *in concreto*, comme un associé et par des raisons analogues. L'associé ne doit aux affaires de la société que la diligence qu'il apporte aux siennes par la raison qu'il ne gère, en somme, la chose d'autrui que parce qu'elle est unie à la sienne, *propter suam partem causam habuit gerendi.* Dans le mariage, il n'y a pas société; mais, au fond, le but pécuniaire poursuivi : soutenir les charges du mariage, est un but commun aux deux époux. La

femme, en se constituant une dot dont la propriété passe au mari, se confie à ce dernier, comme à un associé et dans un but pécuniaire commun.

Ne serait-il pas du reste bizarre que le mari dût apporter, à la gestion de ses affaires, deux sortes de diligence, une habituelle à ses biens propres, et une *diligentia exactissima* à cette autre partie de ses biens qu'éventuellement il pourra être tenu de restituer à sa femme ?

67. — Jusqu'à ce jour, on avait considéré la loi 23, D. *de div. reg. jur.* comme étant en contradiction avec notre loi 17. Cette loi 23, en donnant une énumération des contrats où l'on est tenu de la faute légère *in abstracto*, mentionne la *datio dotis*. Mais, comme le fait judicieusement remarquer M. Accarias, Ulpien, en parlant dans ce texte de la *datio dotis*, se refère à l'obligation du constituant ; il vise le cas d'une constitution de dot par dation avec estimation. Dans ce cas, en effet, le constituant est assimilé au vendeur, et est tenu de la faute *in abstracto*.

Le mari n'est donc tenu que de sa faute légère *in concreto*. Dans tous les cas où il ne peut rendre la dot, s'il a des actions pour recouvrer l'objet qu'il n'a plus, il doit les céder à sa femme.

B. — Accessoires qui doivent être restitués avec les corps certains.

68. — Le principe qui domine ici est le suivant : le mari doit rendre toutes les choses acquises à l'occasion des biens dotaux qui n'ont pas le caractère de fruits, ou même les fruits et intérêts de ces biens qui n'étaient pas encore ou auraient cessé d'être dotaux. Le mari devra donc restituer les accessoires proprement dits des biens dotaux et les fruits et intérêts perçus dans de certaines conditions.

1° Accessoires proprement dits.

69. — Donneau les divise en quatre espèces. Nous allons suivre cette division dans notre exposé. Disons toutefois qu'on

peut ranger ces accessoires en deux genres comprenant chacun deux espèces. Le premier genre, qui renferme les deux premières espèces de la division donnée par Donneau, embrasse les accessoires, œuvre de la nature ou de la loi, accessoires purement matériels et liés à la chose d'où ils découlent par une attache physique et purement physique. Le second genre, au contraire, dans lequel se trouvent les deux dernières espèces distinguées par Donneau, comprend les accessoires entre lesquels et la chose qui les supporte existe un lien intellectuel ; ils doivent leur existence à des relations de dépendance ou d'affection.

Ceci posé, parcourons successivement les quatre espèces d'accessoires énumérées par Donneau.

a). — 70. Les accessoires de la première espèce sont les plus importants. Ils ne sont pas produits par la chose, mais sont l'œuvre de la nature, ou de la loi suppléant à la nature, et néanmoins si intimement liés à la chose qu'on ne saurait les concevoir en dehors d'elle. Ce sont les alluvions, les atterrissements, l'île formée au sein d'une rivière, l'usufruit faisant retour à la nue-propriété, la portion du trésor attribuée au propriétaire *jure soli*, l'achat fait par le propriétaire indivis pour sortir de l'indivision, etc., etc. Toutes ces choses ne sont pas des fruits, *extrinsecus ad rem accedunt*, dit Donneau; elles doivent être restituées avec la dot. Cette règle bien simple a pourtant soulevé des difficultés.

71. — Le mari doit restituer la portion du trésor trouvé sur le bien dotal et qui lui a été attribué *jure soli... Si thesaurus fuerit inventus, in fructum enim non computabitur, sed pars ejus dimidia restituetur quasi in alieno inventi.* (L. 7, § 12, *sol. mat.*) C'est une dérogation aux règles ordinaires de l'acquisition du trésor. Le mari, étant propriétaire de la dot, devrait personnellement acquérir le trésor. On traite ici le mari comme un simple détenteur de biens; son droit de propriété devant un jour prendre fin, il est assez juste qu'il restitue avec la propriété tous

ses accessoires qui n'ont pas le caractère de fruit, et assurément le trésor n'a pas ce caractère.

72. — Quand la femme a en dot un immeuble indivis avec un tiers, l'objet de l'action *rei uxoriæ* varie suivant les diverses hypothèses qui peuvent se produire. Si l'indivision dure encore au moment de la dissolution du mariage, pas de difficultés, le mari restitue ce qu'il a reçu.

Mais l'indivision peut avoir cessé. Comment? Le copropriétaire intente contre le mari l'action *communi dividendo*. C'est là une aliénation nécessaire et le mari peut y procéder sans le consentement de la femme: *Mariti... ad communi dividundo judicium provocare non possunt, licet ipsi possint provocari* (L. 2, C. *de fund. dot.*) Le mari pourrait intenter cette action du consentement de la femme.

Quoiqu'il en soit, on sortira de l'indivision de quatre manières : ou le fonds sera partagé entre les deux copropriétaires, ou le mari aura le fonds entier moyennant une soulte, ou ce sera l'autre copropriétaire, ou enfin le fonds sera adjugé à un étranger qui donnera à chacun des collicitants la part du prix qui lui revient. Toutes ces hypothèses, sauf la première, sont prévues et résolues par la loi 78, § 4, D. *de jur. dot.*

Le premier cas ne peut présenter aucune difficulté : le mari rendra à la femme la portion de l'immeuble qui lui a été attribuée.

Si l'immeuble est adjugé au tiers copropriétaire ou à un étranger, le mari ne sera tenu de rendre que la soulte qu'il aura reçue. Toutefois, l'argent reçu en échange de la portion d'immeuble indivis de la femme n'est pas assimilé au corps certain qu'ilremplace, *ita ut non vice corporis habeatur ;* aussi ne sera-t-il restitué qu'aux termes fixés pour les quantités, *nec, divorti secuto præsenti die quod in numero est restituatur, sed statuto tempore solvi debeat.*

Enfin si le fonds entier a été adjugé au mari, il devra le restituer tout entier à la femme en se faisant rembourser par elle la soulte qu'il aura dû payer au copropriétaire.

b). — 73. — La seconde espèce d'accroissements comprend bien des produits de la chose; mais cette chose n'était pas destinée à les reproduire périodiquement et à intervalles fixes. Tels sont : les arbres dans les fonds, *sylvæ non cæducæ*, et les *partus ancillarum*.

Les arbres sont considérés comme fruits dans trois cas : lorsqu'ils font partie d'une pépinière, d'un bois taillis, ou lorsque le fonds soumis à l'usufruit ne comprend que des hautes futaies et ne peut donner d'autres revenus que des arbres.. En dehors de ces hypothèses, les arbres seront donc considérés comme des accessoires et devront être restitués avec la dot.

Ç'a été une très ancienne question que celle de savoir si les enfants des esclaves doivent être regardés comme des fruits. Mais Brutus a fini par faire prévaloir son avis que l'homme ne peut être le fruit de l'homme : *Vetus fuit quæstio, an partus ad fructuarium pertinere? sed Bruti sententia obtinuit fructuarium in eo locum non habere : neque enim in fructu hominis homo esse potest.....* (L. 68, pr. D. *de usuf. et quemud*).

Que décider pour les produits des carrières? Nous lisons bien dans la loi 32, D. *de jur. dot. : Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem, vel arbores quæ fructus non essent,..... voluntate mulieris vendiderit, nummi ex ea venditione recepti sunt dotis.* Quand le mari vend des arbres ou des pierres tirés du fonds dotal et qui ne sont pas des fruits, le prix de la vente devient dotal et doit être restitué. Nous savons bien quand les arbres sont des fruits; mais les pierres, quand le seront-elles? Ulpien répond : *..... quia nec in fructu est marmor, nisi tale sit ut lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia.* (L. 7, § 13, D. *sol. mat.*); ce qui ne nous avance pas beaucoup. Paul est un peu plus explicite et nous permet de dire que les produits des carrières seront regardés comme des fruits toutes les fois qu'ils seront destinés à être une source durable de revenus : *Si fundus in dotem datus sit, in quo lapis cœditur, lapidicinarum commodum ad maritum pertinere constat....* (L. 8, pr. D.

sol. mat.). Il semble qu'il en doit être ainsi lorsque la carrière était exploitée au monent de sa constitution en dot.

c). — 74. — En abordant l'étude de cette troisième espèce d'accroissements, nous arrivons au second genre. Nous avons déjà dit qu'ils se distinguent des premiers en ce qu'ils supposent une attache intellectuelle, un lien moral entre eux et la chose qui les produit. Ils doivent leur existence à un lien de dépendance qui, sans doute, ne saurait se concevoir, abstraction faite de la chose, mais qui n'a rien de commun avec l'attache physique qui, par exemple, unit l'arbre au sol.

Cette troisième espèce comprend les acquisitions faites par les esclaves dotaux et qui ne proviennent ni de leurs travaux, ni des biens du mari, comme une donation, un legs, une hérédité.

75. — Trois situations se présentent à nous : l'esclave a acquis avant, pendant, ou après le mariage. Deux de ces cas sont identiques quant à leurs résultats, le premier et le dernier.

Le principe est que l'esclave acquiert à son maître tous les biens qui lui proviennent de quelque façon que ce soit. Il nous suffit donc de déterminer quel est le maître de l'esclave pour savoir à qui doivent revenir les acquisitions faites par ce dernier.

76. — Avant et après le mariage, l'esclave, bien que compris dans la constitution de dot, n'appartient pas au mari ; il ne devient sa propriété que lors de la réalisation du mariage et cesse de l'être à sa dissolution. En conséquence, tout ce que l'esclave aura acquis à ces diverses époques ne saurait appartenir au mari. Nous verrons dans un instant par quelle action on pourra répéter ces acquisitions.

77. — Durant le mariage, l'esclave est au mari, il est sa propriété ; ses acquisitions devraient donc revenir au mari. Mais nous savons, d'autre part, que le mari ne peut acquérir que les fruits de la dot ; tout ce qui n'a pas ce caractère est dotal, s'ajoute à la dot et doit être restitué avec elle. On ne peut pas soutenir qu'une donation, un legs ou une hérédité advenant à un esclave

soit un fruit de cet esclave; tout cela est donc dotal et doit, par suite, être restitué avec la dot.

Ce sont là des solutions auxquelles conduit le simple raisonnement, les textes les confirment. D'après Paul, en effet, la chose léguée à l'esclave dotal est dotale comme lui. (L. 3, pr. D. *de fund. dot.*). De même la loi 45, § 1, D. *de adquir. vel omit. hered.* décide que la femme pourra répéter par l'action *rei uxoriæ* l'hérédité dont l'esclave dotal a fait adition : ... *Si servus dotalis adierit, actione de dote eam hereditatem mulier reciperabit.*

78. — Deux autres lois (D. L. 47, *de jur. dot.* et L. 31, § 4, *sol. mat.*) décident que la donation ou le legs, fait à l'esclave avant ou après le mariage, augmente d'autant la dot, devient par conséquent dotal et rentrera dès lors dans l'objet de l'action *rei uxoriæ*.

Ces deux textes vont un peu à l'encontre des solutions que nous avons données, guidé par le raisonnement et d'autres textes. Ils nous disent que les acquisitions faites par l'esclave dotal, avant ou après le mariage, augmentent la dot, deviennent donc la propriété du mari qui devra les restituer avec la dot, Ulpien donne une décision semblable pour les fruits perçus avant le mariage.

Aussi ces textes ont-ils donné lieu à bien des difficultés. On a voulu en raisonner par *a contrario* pour décider que les acquisitions faites par l'esclave dotal pendant le mariage ne devaient pas être restituées, mais rester au mari.

Nous avons le texte de Paul qui nous dit le contraire, et puis, en général, l'argument *a contrario*, s'il a quelque valeur pour ramener de l'exception au droit commun, ne saurait en avoir pour étendre l'exception, ou du moins, pour de l'exception conclure à l'exception. Les lois dont nous parlons créent incontestablement des exceptions. Si les principes nous conduisent à décider que les acquisitions, faites par l'esclave avant ou après le mariage, et dans les conditions que nous savons, n'appartiennent pas au mari, ces principes ne nous permettent pas de rendre, pour cela, ces acquisitions dotales, ni de les faire rentrer dans l'objet de l'action *rei uxoriæ*.

Régulièrement, c'est par la *condictio sine causa* que la femme devrait recouvrer ces sortes de biens. On a voulu simplifier, à la dissolution du mariage, les rapports entre mari et femme, c'est pourquoi l'on a permis à cette dernière d'obtenir tout ce qui lui est dû par une seule et même action, par l'action *rei uxoriæ*. C'est aussi dans un motif de protection et de défense, car les intérêts de la femme sont plus puissamment sauvegardés par cette action que par toute autre.

De ce qu'exceptionnellement la femme pourra répéter par l'action *rei uxoriæ* les acquisitions faites par l'esclave dotal avant où après le mariage, conclure *à contrario* qu'elle ne pourra redemander ces mêmes accessoires nés pendant le mariage, nous paraît inadmissible quand les principes conduisent à une solution contraire et que des textes viennnent à l'appui du raisonnement.

Cette troisième espèce d'accroissements comprend donc toutes les acquisitions faites par l'esclave dotal, avant, pendant et après le mariage, acquisitions qui ne proviennent ni de ses travaux, *ex operis servi*, ni de la chose du mari, *ex re mariti*.

d.) 79. — Enfin une quatrième et dernière espèce d'accessoires comprend les biens des affranchis qui reviennent au mari par succession, en vertu de son droit de patronage. Comme on le voit, c'est un lien supposé d'affection qui fait naître cette nouvelle classe d'accroissements : la reconnaissance qui doit lier l'affranchi au patron. La succession de l'esclave dotal affranchi qui revient au mari, *manumissor*, doit donc être restituée avec la dot. Il n'est pas besoin de justifier cette solution au point de cette étude où nous en sommes arrivés.

Il faut cependant faire quelques distinctions.

80. — Le mari a affranchi l'esclave sans opposition de la part de la femme : dans ce cas, il doit restituer tout ce qui lui vient de l'affranchi *quasi ad patronum : si vero negotium gerens mulieris non invitæ maritus dotalem servum voluntate*

ejus manumiserit, debet uxori restituere quidquid ad eum perve nit.(L. 64, pr. D. *sol. mat.* — *Sic :* L. 24, § 4, *in fine, eod.*). Le mari pourra garder les libéralités que lui aura faites l'affranchi.

Si l'affranchissement a eu lieu, non seulement sans opposition de la femme, mais avec son consentement exprès et parce qu'elle a voulu faire une donation à son mari, ce dernier gardera tout ce qui lui vient de l'affranchi : *Quod si vir voluntate mulieris servos dotales manumiserit, cum donare ei mulier voluit, nec de libertatis causa impositis ei præstandis tenebitur.* (L. 62, D. *sol. mat.* — *Sic :* L. 63, *eod.*)

Enfin l'affranchissement a eu lieu contre le gré de femme : dans ce cas le mari ne peut garder que la valeur des *operæ* fournis par l'affranchi.

2°. — *Fruits et intérêts.*

81. — Nous savons déjà que le mari a droit aux fruits de la dot pendant toute la durée du mariage : *Dotis fructum ad maritum pertinere æquitas suggerit : cum enim ipse onera matrimonii subeat, æquum est eum etiam fructus perpicere.* (L. 7, pr. D. *jur, dot.* — *Sic,* § 1, *eod.*). Mais il devra rendre les fruits perçus antérieurement ou postérieurement au mariage, à moins qu'il n'y ait convention contraire.

Comment se répartiront les fruits de la dernière année? Le droit romain avait adopté, en cette matière, un principe spécial : on assimile les fruits naturels aux fruits civils qui s'acquièrent jour par jour, et on attribue au mari, dans les fruits de la dernière année, une part proportionnelle à la durée du mariage pendant cette année. Le principe s'applique à toute espèce de fruits, que la récolte se fasse une ou deux fois par an, *quod in anno dicitur potest dici et in sex mensibus, si bis in anno fructus, capientur,* ou même en plusieurs années, *et in pluribus annis idem dici potest, ut in sylva cædua.* (L. 7, § 6 et 7, D. *sol. mat.*).

Quel sera la point de départ de cette dernière année ? Ulpien nous apprend qu'il faut prendre, pour point de départ, le moment où le fonds est devenu dotal : *Sed quo primum dotale*

prædium constitutum est, id est, tradita possessione. (L. 5, D. *sol. mat.*). Cependant si la dot a été livrée avant le mariage on doit prendre comme point de départ le jour de la célébration du mariage : *Si ante nuptias fundus traditus est, ex die nuptiarum ad eumdem diem sequentis anni computandus annus est.... Nam si ante nuptias traditus sit, et fructus inde percepti, hi restituendi sunt, quandoque divortio facto, quasi dotis facti.* (L. 6, D. *sol. mat.*).

82. — Jusqu'ici pas de difficultés ; mais elles surgissent lorsque la dernière année se compose des fruits de deux périodes. Cette hypothèse est prévue par la loi 7, § 1, D. *sol. mat.*, loi entourée de telles obscurités que Proudhon a pu dire : « L'on était si loin « de s'entendre sur le fond des choses qu'on n'était même pas « d'accord sur le sens grammatical du texte. »

Voici l'espèce dont s'occupe Ulpien, dans cette loi, en rapportant l'avis de Papinien. Un mari reçoit en dot, le 1er octobre, une vigne, il la vendange dans le courant du mois et la loue le 1er novembre. Le mariage vient à se dissoudre le 31 janvier suivant. Que faut-il décider à l'égard des fruits naturels et civils ? Quelle sera la part du mari ? Nous savons que les fruits, civils ou naturels, s'acquièrent jour par jour, et que le mari a droit, dans les fruits de la dernière année, à une part proportionnelle à la durée du mariage pendant cette année. Du 1er octobre au 31 janvier, nous avons quatre mois, c'est-à-dire un tiers d'année, le mari aura donc droit à un tiers des fruits. Comment se composera ce tiers ? La solution rationnelle ne paraît pas douteuse. Pour calculer le *quantum* de ce tiers, il faut combiner la récolte, c'est-à-dire la part afférente à un mois, durée du mariage pendant l'année de la récolte, — avec le loyer, — c'est-à-dire le loyer de trois mois, durée du mariage pendant l'année de location. Le tiers des fruits qui reviendra au mari comprendra donc, dans notre espèce, 1/12 de la vendange plus 1/4 du prix de ferme. Voilà le résultat auquel nous conduisent les principes. Que dit Papinien ?... *Vindemiæ fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro*

relinquatur. Papinien indique que, dans le tiers des fruits qui revient au mari, on doit prendre un quart du prix du loyer. C'est, en effet, après avoir réuni ce quart à la récolte qu'on formera le tiers dû au mari, mais on ne prendra pas le tiers de la masse formée par cette réunion ; nous n'avons pas dans le texte *pecuniæ*, mais, *ex ea pecunia*.

Certes le texte n'est ni d'une correction, ni d'une clarté irréprochables; mais dès lors qu'il est douteux et qu'on peut en donner une explication conforme au principe, cette dernière doit être admise. Néanmoins ce système que nous adoptons est loin de réunir l'unanimité des suffrages.

83. — Francke, dans ses *Archives civiles*, prétend qu'on ne doit faire entrer en ligne de compte qu'une seule récolte, celle qui a été faite réellement dans l'année du partage. Ce n'est assurément pas ce que dit Papinien, et d'ailleurs les fruits ne sont pas simplement la représentation du temps employé à les recueillir, mais aussi du temps pendant lequel ils ont été cultivés : *Fructuum toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus*. (L. 7, § 9, D. *sol. mat.*). Ce système abouti d'ailleurs à des conséquences iniques faciles à déduire.

Paul de Castre, Cujas et Hasse cumulent la valeur totale de la vendange avec le prix de ferme correspondant aux trois mois qui se sont écoulés jusqu'à la dissolution du mariage et attribuent au mari le tiers de la masse ainsi formée. Ce système est très simple, mais peu en harmonie avec l'esprit de la loi romaine, et difficile à justifier à quelque point de vue qu'on se place. Le mari n'aurait plus une part proportionnelle à la durée du mariage ; dans notre espèce, il aurait cinq mois de fruits pour quatre mois de mariage.

Un troisième système, adopté par la plupart des jurisconsultes allemands, consiste à rechercher le produit d'une année fictive, calculé d'après le temps que le mariage a duré réellement dans chaque période de fruits ; ce serait le tiers de ce revenu moyen qui serait attribué au mari. Dans notre espèce, la récolte étant représenté par 12 et le loyer par 24, les deux périodes de fruits

se trouveront dans un rapport de 1 à 3, et l'année fictive sera composée des trois mois de la première période de fruits et des neufs mois de la seconde, ou des 3/12 de la vendange et des 9/12 du loyer. Le revenu de l'année fictive serait donc de 3 plus 18 ou 21, et le tiers serait de 7. Ce système est peut-être très ingénieux, mais il est difficile de lui appliquer le texte de Papinien où il n'est pas du tout question d'année fictive.

Si le système par nous adopté ne cadre pas d'une manière parfaite avec le texte de notre loi, on voit que le même reproche peut être adressé à tous les autres systèmes. Notre interprétation est, en somme, la plus conforme aux principes de la matière.

§ II. — *Corps certains estimés.*

84. — Les corps certains remis en dot au mari ont pu être estimés. Cette estimation peut être pure et simple, alors elle vaut vente, ou faite avec cette clause qu'elle ne vaudra pas vente. Dans ce second cas, l'estimation est qualifiée : *æstimatio taxationis causa*. Plaçons-nous dans ces deux hypothèses.

A. — Estimation pure et simple.

85. — Lorsque l'estimation est pure et simple, on applique la règle : *æstimatio facit venditionem*. Le mari est considéré comme un acheteur, et, à la dissolution du mariage, il n'aura à rendre que le prix d'estimation ; c'est ce prix qui est dotal, non la chose.

Cette vente est évidemment conditionnelle et ne sera parfaite qu'à l'accomplissement du mariage. Si le mari avait été mis en possession des choses estimées et que le mariage n'eut pas lieu, ce sont ces choses qu'il devrait rendre et non l'estimation. La perte totale survenue avant le mariage serait subie par la femme. Pour la perte partielle arrivée *pendente conditione*, on applique les règles de la vente : *sane si exstet*

res, licet deterior effecta, potest dici damnum esse emptoris. (L. 8, pr. D. *de peric. et commod. rei vend.*)

Le mariage une fois accompli, les biens dotaux sont aux risques du mari; il devra toujours l'estimation, peu importe la nature des biens, ou même que la perte provienne du fait de la femme : *plerumque interest viri, res non esse æstimatas, idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat... eveniet enim, si æstimata sint, et ea mulier adtrivit, ut nihilominus maritus æstimationem præstet...* (L. 10 pr. D. *de jur. dot.*) Le mari devra l'estimation même si la chose qui a péri n'avait pas été livrée, à moins toutefois que la femme n'eut été mise en demeure. (LL. 14 et 15, D. *de jur. dot.*)

86. — Cependant ce n'est pas ici une vente de droit commun qui admette le gain qu'une partie cherche à faire sur l'autre; c'est une vente pour cause de dot, elle exclut toute idée de spéculation. Le mari ne doit obtenir aucun bénéfice au détriment de sa femme; il suffit qu'il ne perde pas, il ne doit pas gagner.

Le mari, comme tout acheteur, a contre sa femme l'action *ex empto*, s'il vient à être évincé de la chose donnée en dot avec estimation. Mais à la dissolution du mariage, il devra rendre, non seulement le montant de l'estimation, mais encore l'excédant provenant de l'indemnité qu'il a obtenue par l'action *ex empto*, excédant qui peut monter au double du prix d'estimation. C'est ce que dit Ulpien... *quidquid eo nomine* (EX EMPTO) *fuerit consecutus, dotis actione, soluto matrimonio, ei* (MULIERI) *præstare oportet; quare et si duplum forte ad virum pervenerit, id quoque ad mulierem redigetur...* (L. 16, D. *de jur. dot.*) Et Marcieu décide que la restitution de l'indemnité doit avoir lieu, même quand il n'y a pas eu estimation : *non solum si æstimatus fundus, sed etiam si non æstimatus in dotem datus est... quodcumque propter eum consecutus fuerit a muliere maritus, quandoque restituet mulieri de dote agenti.* (L. 52, *eod.*)

Nous savons, d'autre part, étant donné les caractères de l'action *rei uxoriæ*, que le mari ne doit restituer que ce qui est

réellement entré dans son patrimoine. C'est pourquoi le juge pourra l'autoriser à ne restituer qu'un prix inférieur à l'estimation. En matière de vente, la lésion, sauf le dol ou la violence, n'est pas une cause de rescision de la vente. Les empereurs Dioclétien et Maximien introduisirent les premiers cette rescision en faveur du vendeur lésé de plus de moitié du juste prix. (L. 2, C. *de resc. vend.*) Quand il s'agit de vente *dotis causa*, la lésion doit être réparée dans tous les cas. Cette conséquence ne découle donc pas des principes de la rescision pour cause de lésion en matière de vente ordinaire.

87. — Grâce à ces règles, les époux ne pourront, par une estimation trop faible ou trop forte, violer les dispositions prohibitives des donations entre époux : *Si res æstimata post contractum matrimonium donationis causa adprobetur, nulla est æstimatio... si ante matrimonium, magis est ut in matronii tempus collata donatio videatur, atque ideo non valet.* (L. 12, pr. *eod.*) Dans ce cas, la vente sera nulle, et la chose devra être restituée; c'est la chose qui sera dotale et non le prix.

Il faut que les époux aient eu l'intention formelle de faire une donation; si réellement ils avaient eu l'intention de faire une vente, il n'y aurait de nul que la donation qui résulterait de la surélévation ou de l'abaissement du prix... *Enimvero si, cum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hactemus non valere, quatemus facta est locupletior...* (L. 5, § 4, D. *de don. int. vir. et ux.*).

88. — S'il y a eu erreur sur le fait même de l'estimation, la femme aura le droit de se faire restituer la chose; le mari ne pourra pas lui en offrir le juste prix.

Même en cas d'estimation, le mari n'a droit de retenir les objets qu'autant qu'il offre le montant de l'estimation... *Retinebit eas, si pecuniam tibi offerat* (L. 5, C. *de jur. dot.*).

L'estimation fut un procédé longtemps employé par les maris pour se procurer une action contre le constituant. On sait, en effet, que le mari n'avait de recours qu'en cas de *dictio* ou de

stipulatio dotis. En cas de *datio*, il avait une simple action *de dolo*. Un rescrit des empereurs Septime Sévère et Antonin Caracalla expose clairement ces principes : *Evicta re quæ fuerat in dotem data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum condictione vel ex stipulatione agere potest. Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit, post evictionem ejus, siquidem res æstimata fuerit, ex empto competit actio. Sin vero hoc non est factum, siquidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio. Dolo autem dantis interposita, de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolus interpositus sit ; tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit.* (L. 1, C. *de jur. dot.*)

Quant à la loi 34, D. *de jur. dot.* qui donne un recours au mari, en cas d'éviction, sans spécifier si la dot a été ou non estimée, on s'accorde généralement pour penser que la chose dotale en question, dans cette loi, avait été livrée au mari avec estimation.

B. — Æstimatio taxationis causa.

89. — Bien que les choses données en dot aient été estimées, les parties peuvent convenir que l'estimation ne vaudra pas vente. Deux hypothèses peuvent se présenter : il y a eu estimation avec la simple clause que nous venons d'indiquer ; ou bien d'autres conventions sont intervenues. Les conséquences varient suivant ces deux cas.

a.) 90. — Lorsqu'il y a eu estimation avec la simple clause qu'elle ne vaudrait pas vente, le mari doit rendre les choses et non le prix. En cas d'éviction, il n'a plus l'action en garantie *ex empto ;* il n'a même aucune action contre la femme si elle était de bonne foi : *Ideoque rebus evictis, si mulier bona fide eas dederit, nulla est actio viro.* (L. 69, § 7, D. *de jur. dot.*). Dans le cas contraire, la femme serait responsable : *Alioquin de dolo tenetur (eod.).* Le mari aura une action *in factum* et non pas

l'action de dol; on ne veut pas qu'il puisse intenter contre sa femme une action infamante (L. 1, C. *de jur. dot. sup. cit.*)

91. — Dans notre hypothèse, les risques sont à la charge du mari. Si la chose périt on se détériore par sa faute, l'estimation servira à fixer l'indemnité due à la femme.

La responsabilité du mari se trouve également augmentée. Nous avons vu qu'il était tenu de sa faute légère *in concreto*. Ici il est tenu de la faute *in abstracto*. Il est obligé à une garde attentive (*custodia*), et les seuls accidents dont il ne répond pas, ce sont ceux qu'aucune surveillance n'aurait pu prévenir, ceux qui arrivent par force majeure, comme le vol à main armée. On estime que celui qui remet à un autre une chose en l'estimant, précisément en prévoyance du cas où elle serait perdue ou détériorée, montre qu'il compte sur toute la diligence de celui à qui il confie sa chose.

La responsabilité du mari est la même que celle de l'associé. C'est de cette analogie que nous déduisons les conséquences rigoureuses que nous venons d'exposer. Ulpien nous dit, en effet, pour l'associé : *Damna, quæ imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur præstare ; ideoque, si pecus æstimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit ejus qui æstimatum pecus acciperit ; quod si a furibus subreptum sit, proprium ejus detrimentum est, quia custodiam præstare debuit, qui æstimatum accepit.* (L. 52, § 3, D. *pro socio*).

L'associé qui, comme le mari, n'aurait été tenu que de sa faute *in concreto*, sera tenu, et le mari le sera comme lui, de sa faute *in abstracto*, quand les choses lui ont été confiées avec estimation.

Ainsi le mari qui a reçu une chose estimée, avec cette clause, que l'estimation ne vaut pas vente, doit rendre la chose elle-même, comme le mari qui a reçu une chose non estimée, avec cette différence toutefois qu'il paie non la valeur de la chose au moment de la perte, mais celle fixée par l'estimation, et qu'il est responsable de sa faute légère *in abstracto*.

b.) 92. — En même temps que l'on a déclaré que l'estimation ne valait pas vente, — et nous abordons la seconde hypothèse, — on a pu convenir que le mari rendrait ou l'estimation ou la chose elle-même, à son choix ou à celui de la femme (L. 10, § 6, D. *de jur. dot.*).

Dans ce cas l'obligation du mari est alternative, et si l'on n'a rien dit relativement au choix, comme le mari est débiteur, ce choix lui appartiendra : ... *Si nihil de electione adjiciatur, electionem habebit maritus utrum malit res offerre, an pretium earum... (eod.).*

Si la chose dotale vient à périr, l'alternative devenant impossible, le mari est absolument tenu de fournir l'estimation : ...*Sed si res non exstet, æstimationem omnimodo maritus præstabit (eod.).* Mais si la chose vient simplement à se détériorer, le mari pourra se libérer en la rendant telle quelle, pourvu que la détérioration ne provienne pas de son chef : *Sane et deteriorem factam reddere poterit* (L. 11, *eod.*).

Si le choix appartient à la femme, le mari ne peut aliéner la chose dotale sans son consentement. Et lors même que l'aliénation a eu lieu avec son consentement, la femme aura toujours le droit de choisir ou l'estimation primitive, ou le prix de vente (L. 32, pr. D. *de pact. dot.*).

Dans le cas de dot constituée avec estimation et où cette estimation ne vaut pas vente, lorsque le choix de l'alternative appartient à la femme, les risques sont pour le mari; comme compensation, nous dit Paul, il garde les accessoires : *Paulus respondit quoniam periculo mariti vixerunt mancipia, partus sicut fructus matrimonii tempore perceptos apud virum remanere debere* (*Frag. vat.*, § 114).

§ III. — *Choses fongibles.*

93. — Lorsque la dot consiste en choses qui se déterminent par le poids, le nombre ou la mesure, — nous l'avons vu, — elle est restituée en trois termes, d'un an chacun. Ici l'obligation du mari est exactement celle de l'emprunteur dans

le *mutuum*. La convention des parties peut modifier ces délais.

Les risques sont pour le mari; il supporte même les cas fortuits : *Res in dotem datæ quæ pondere, etc., mariti periculo sunt.* (L. 42, D. *de jur. dot.*). En retour, il garde l'intérêt des sommes d'argent et tous fruits que pourraient produire les choses fongibles.

94. — Quelle sera la condition des immeubles acquis des deniers dotaux? Cette question est difficile à résoudre à cause de la contradiction des textes. Nous en avons deux tout à fait en opposition.

Gaius nous dit, en effet, dans la loi 54, D. *de jur. dot.*, que les choses achetées avec l'argent dotal, — par conséquent les immeubles, — sont censées dotales : *res quæ ex dotali pecunia comparatæ sunt, dotales esse videntur.* Par contre, les empereurs Dioclétien et Maximien, dans un rescrit qui forme la loi 12, au Code, *de jur. dot.* émettent un avis contraire: *Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus, non tibi quæritur, quum neque maritus uxori actionem empti possit adquirere, et dotis tantum actio tibi competit.*

Sur ces deux textes on a édifié de nombreux systèmes, voici les trois principaux :

Un premier système accorde à la femme, en vertu de la loi 54, une revendication utile du fonds acheté par le mari, et, en vertu de la loi 12, le droit de demander également la somme qu'elle s'est constituée en dot, à son choix, si elle y a intérêt. — La loi 12 ne se prête guère à semblable interprétation, car elle refuse à la femme le fonds acheté et lui reconnaît simplement le droit de demander l'argent.

Une seconde explication consiste à rapprocher notre loi 54 de la loi 53, où il est parlé de débiteur insolvable délégué par la femme au mari. Les choses achetées par ce débiteur avec l'argent promis en dot seraient dotales. — Notons d'abord que ces deux lois ne sont pas du même auteur; la loi 53 est de Nératius. Ces deux lois n'ont pas d'ailleurs été juxtaposées pour s'expliquer

l'une l'autre, mais par suite de l'ordre matériel adopté par les compilateurs : La loi 53 est le dernier extrait de la série sabinienne, et la loi 54 le premier de la série édictale. Et puis *dotalis pecunia* ne désigne pas l'argent qui se trouve entre les mains d'un débiteur qui a promis la dot, mais l'argent donné en dot au mari.

Enfin une troisième interprétation distingue si le mari a reçu en dot *pecunia æstimata* ou *pecunia inæstimata;* dans le premier cas, le mari a reçu une quantité qu'il doit rendre et le fonds acheté avec cette quantité n'est pas dotal; ce serait l'hypothèse de la loi 12; dans le second cas, au contraire, le mari a reçu des corps certains; il devra les rendre, ces pièces de monnaie, en même substance, et si cette substance s'est trasformée, on la suivra dans ses transformations; la chose acquise en échange sera dotale. — M. Pellat qualifie ce système de bizarre et de fantastique. Il fait justement remarquer que si le mari avait reçu des pièces de monnaie comme corps certains et qu'il les eut employés à un usage quelconque, il serait simplement tenu de payer des dommages-intérêts pour s'être mis par son fait dans l'impossibilité de restituer les espèces même qu'il avait reçues.

Il est difficile de se former une opinion au milieu de ces divergences. Nous croyons que la loi 54 est incomplète et que la décision de Gaius devait s'appliquer à des cas particuliers. En effet, les empereurs disent : la chose n'est pas dotale, et Gaius : la chose est *réputée* dotale, *dotalis esse videtur,* c'est-à-dire qu'elle n'est pas, à proprement parler, dotale, mais que, dans certains cas spéciaux, elle pourra être considérée et traitée comme dotale. La loi 22, § 13, D. *sol. mat.* en serait un cas d'application.

Cette loi prévoit l'hypothèse où une femme s'est trompée sur la condition de son mari; elle l'a cru libre, tandis qu'il était esclave. Ulpien, l'auteur de cette loi, décide qu'il faut accorder à cette femme une sorte de privilège sur les biens de son mari, en ce sens que, s'il existe d'autres créanciers, elle leur sera préférée quand elle intentera l'action *de peculio*, et que, si l'esclave est

débiteur de son maître, la femme ne sera pas préférée à ce dernier, si ce n'est sur les choses qui ont été données en dot, *ou achetées avec la dot, comme si ces dernières étaient aussi dotales... nisi in his tantum rebus quæ vel in dote datæ sunt, vel ex dote comparatæ, quasi et hæ dotales sint.*

Ainsi donc, suivant nous, la loi 12 serait la règle générale, la loi 54 l'exception, exception dont nous trouvons une application dans la loi 22 que nous venons de citer. De cette façon on arriverait à concilier les deux textes qui, à première vue, semblent absolument contradictoires et inconciliables.

§ IV. — *De la permutatio dotis.*

95. — On appelle de ce nom l'échange de l'argent donné en dot contre d'autres objets, ou des choses dotales contre de l'argent : *Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit, si ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam ; idque probatum est* (L. 26, D. *de jur. dot.*)

96. — Pour que la *permutatio* soit valable, il faut deux choses : une convention, par conséquent le consentement de la femme, et pour celle-ci l'absence de tout préjudice.

C'est la convention qui fait la *permutatio dotis... quia et permutatio dotium conventioni fieri potest*, lisons-nous dans la loi 25 du même titre. Autrement, si la femme ayant promis dix, à son mari, lui donne un esclave ou tout autre objet, il n'y aura pas là une *permutatio dotis*, mais une simple dation en paiement. Toutes les lois qui font mention de la *permutatio dotis*, parlent de la convention : ...*stari pacto convento oportebit*, dit la loi 21, D. *de pact. dot... — sive... voluntate mulieris vendiderit*, lit-on dans la loi 32 *de jur. dot.* deux lois qui donnent des exemples *de permutatio.*

La *permutatio* ne doit pas être préjudiciable à la femme ; c'est le sens que l'on donne à ces mots : *si hoc mulieri utile sit.* Et en effet, un époux ne doit pas, en matière de dot, s'enrichir aux dépens de son conjoint.

97. — La *permutatio dotis* peut avoir lieu de deux manières : *ex pecunia in rem*, ou *ex re in pecuniam*. Une somme d'argent sera donc toujours un élément nécessaire de la *permutatio dotis*. La loi 21 de *pact. dot.* donne un exemple de *permutatio ex pecunia in rem*. Cette loi énumère comme éléments de cette *permutatio* : la convention, l'absence de préjudice pour la femme, *cum mulieri prodest* et une somme d'argent. Les lois 32 et 50, *pr. de jur dot.*, donnent des exemples de *permutatio ex re in pecuniam*.

98. — Il y a *permutatio* non seulement quant à la chose, mais quant aux risques. Si la *permutatio* se fait *ex re in pecuniam*, les risques qui étaient pour la femme passent au mari; le contraire se produit quand la *permutatio* a lieu *ex pecunia in rem*,

C'est là une différence capitale entre la *permutatio* et la *datio in solutum*. La femme qui a promis en dot une somme d'argent et qui se libère de son obligation en donnant un objet particulier, un corps certain, ne fait pas l'échange nécessaire pour qu'il y ait *permutatio*. La chose donnée en payement dans ces conditions restera aux risques du mari.

En cas de *permutatio dotis*, il est évident que l'action *rei uxoriæ* aura pour objet la restitution de la chose échangée contre la dot primitive et devenue dotale.

SECTION II

CHOSES INCORPORELLES.

99. — Les choses incorporelles ne sont que des abstractions; elles n'affectent pas nos sens, *quæ tangi non possunt*. Elles ne se conçoivent que par l'esprit, par l'intelligence; elles sont de création juridique. Elles consistent en un droit, *quæ in jure consistunt*. On les appelle encore des *jura in jure*.

Lorsque la dot comprend, de ces *jura in jure*, l'action *rei uxoriæ* a pour objet de rétablir les choses en l'état où elles étaient

avant la constitution dotale. Nous allons envisager ces droits dans leurs diverses manifestations au point de vue de la constitution de dot.

§ 1. — *Usufruit.*

100. — Un usufruit a été constitué en dot ; le divorce survenant, comment s'opérera la restitution de cette dot ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer suivant qu'au jour de la constitution la nue propriété appartient à un étranger, au mari ou à la femme.

A. — La nue propriété appartient à un étranger.

101. — Ici se présente une difficulté. L'usufruitier ne peut valablement céder son usufruit qu'au nu propriétaire. Si donc le mari le cédait à sa femme par l'*in jure cessio*, cette cession serait nulle et l'usufruit retournerait au nu propriétaire, d'après Pomponius (L. 66, D. *de jur. dot.*), ou resterait à l'usufruitier, d'après Gaius (Comment. II, § 30.). Dans tous les cas, le mari ne peut le céder à sa femme.

Mais, comme tout usufruitier, il peut ne pas exercer son droit par lui-même, le louer ou le vendre. C'est ce qu'il fera ; seulement comme il est tenu de restituer gratuitement, le prix ne sera pas sérieux, il sera fixé *nummo uno : ... Ut vel locet hunc usufructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno...* (L. 66, D. *de jur. dot*). Le mari continuera d'être usufruitier, et la femme jouira de tous les profits de l'usufruit jusqu'à la mort de son mari.

B. — La nue propriété appartient au mari.

102. — La femme transfère à son mari, par *l'in jure cessio*, l'usufruit du fonds dont il a la nue propriété. Le mari ne devient pas usufruitier, mais recouvre la pleine propriété de son fonds : *... Maritus tamen non usumfructum habet, sed suo fundo quasi*

dominus utitur... (L. 78, D. pr. *de jur. dot.*). Si le mariage se dissout par le divorce, le mari constituera à sa femme un nouvel usufruit : ... *Divortio autem facto, constituet in eodem fundo usumfructum mulieri*... (*eod.*)... Si le mariage se dissout par la mort de la femme, l'usufruit reste irrévocablement réuni à la nue propriété et le mari n'aura même pas à subvenir aux frais funéraires (*eod.*).

Si c'est le père de la femme qui, ayant un droit d'usufruit sur le fond de son gendre, l'a constitué en dot, la dot est profectice, et le beau-père aura de son chef la répétition de l'usufruit : ... *habebit ex sua personna usufructus petitionem* (*eod.* 1).

C. — La nue propriété appartient à la femme.

103. — La femme propriétaire d'un fonds en constitue l'usufruit en dot au mari. Celui-ci acquiert un véritable droit d'usufruit soumis aux modes ordinaires d'extinction de ce droit. Il faut donc distinguer si le mari a conservé ce droit jusqu'à la dissolution du mariage, ou l'a laissé périr par le non-usage.

a.) 104. — Le mari a perdu son usufruit par non-usage. — De deux choses l'une : ou la femme a conservé la nue propriété du fonds soumis à l'usufruit ou elle l'a aliéné.

Si elle a conservé cette propriété, elle n'a rien à réclamer. Elle ne pourrait, en effet, reprocher à son mari une négligence dont elle a recuilli un avantage : ... *nihil jam in dote habet quod actione dotis consequatur ab eo, cui, quod non utendo amisit usumfructum, imputari non potest, ex quo ipsa lucrum habet* (L. 78, § 2. D. *de jur. dot.*).

Que si, au contraire, la femme a aliéné la nue propriété, la consolidation qui s'opère ne lui profite en aucune façon. Son mari lui a donc causé un dommage dont il lui doit réparation. Cette réparation est ce qu'on obtiendra par l'action *rei uxoriæ* (*eod.*).

b.) — 105. Le mari a conservé l'usufruit jusqu'à la dissolution

du mariage. — Cette dissolution arrive-t-elle par la mort de la femme : la dot étant adventice, l'usufruit reste au mari.

La dissolution du mariage arrive-t-elle par le divorce : il y a lieu à la restitution de l'usufruit. Si la femme est restée propriétaire, elle exerce l'action *rei uxoriæ* et contraint son mari à lui faire cession de l'usufruit. Si elle a aliéné, elle aura encore cette action pour contraindre son mari à se démettre de son usufruit. Elle y aura intérêt soit pour obtenir un prix plus élevé de l'acheteur, soit pour se dérober aux conséquences de l'action *ex empto* qui pourrait être exercée contre elle au cas où elle n'aurait pas déduit du prix de vente la valeur de l'usufruit, soit même enfin si elle veut faire une donation à l'acquéreur. Toutes ces solutions se trouvent dans notre loi 78, § 2.

106. — La femme peut avoir vendu le fonds à son mari. Dans ce cas il faut encore distinguer :

Si le prix a été fixé d'après la valeur de la nue propriété seulement, la femme, par l'action *rei uxoriæ* obtiendra la valeur de l'usufruit. Toutefois, si le mari venait à mourir avant la *litis contestatio*, les héritiers n'étant plus tenus à rien, la femme ne pourrait pas poursuivre son action : *Si nudæ proprietatis æstimatio facta fuisset, mulier dotis judicio pretium ususfructus reciperare debet. Quid ergo est, si vir ante litem contestatam mortuus fuisset ? heredes ejus nihil præstituros* (*eod.* § 3).

Si le prix a été fixé d'après la valeur de la pleine propriété, la femme est considérée comme ayant retiré sa dot pendant le mariage ; par suite, il n'y a pas lieu à l'action *rei uxoriæ : Cæterum, si fundus totus venisset quanti debet venire, non detracto usufructu, intelligi mulierem dotem manente matrimonio recepisse (eod.).*

§ 2. — *Servitudes.*

107. — La dot apportée par la femme peut être une simple servitude. L'action *rei uxoriæ* aura alors pour objet, comme dans le cas précédent, de faire rétablir les choses dans l'état où elles

étaient avant la constitution de dot. Le mari doit restituer la servitude.

108. — Cette règle n'offre pas de difficultés quand le fonds servant appartient à un tiers. Mais lorsque les servitudes existent au profit du fonds dotal sur le fonds du mari, le mari devenant propriétaire du fonds dotal, les servitudes s'éteignent par confusion : *nemini res sua servit.* Cependant à la dissolution du mariage, comme le mari ne doit pas s'enrichir aux dépens de sa femme, il sera obligé de créer une servitude semblable à celle qui existait avant le mariage. S'il ne le peut pour cause d'aliénation ou autre, il devra à la femme une indemnité calculée sur le préjudice qu'elle éprouve : *Sed si eumdem* (FUNDUM) *Titio reddiderit sine restauratione servitutis, hoc marito imputabitur et hoc casu maritus litis æstimationem præstabit* (L. 7, pr. D. *de pact. dot.*).

Si le mari est insolvable, la femme aura les actions qui ont pris naissance en la personne du mari : *quod si maritus solvendo non erit, utiles actiones adversus Titium mulieri ad restaurandam servitutem dantur* (*eod.*).

§ 3. — *Droits de créances.*

109. — La restitution des créances s'opère par le remboursement de la somme que le mari a touchée pendant le mariage. Deux hypothèses sont à prévoir : ou la dot a été constituée par promesse, ou elle l'a été par délégation.

A. — Elle a été constituée par promesse.

110. — Dans ce cas il faut faire quelques distinctions suivant que la constitution de dot a pour objet la dette du mari ou celle d'un tiers.

a.) 111. — La constitution de dot a pour objet la dette du mari. — Lorsque la dot consiste en une créance contre le mari dont on lui a fait remise par acceptilation ou de tout autre

manière, le mari, à la dissolution du mariage, devra rendre l'objet même de la créance. Si donc la créance avait pour objet des choses fongibles ou un corps certain, ce seront ces choses que le mari devra rendre; elles seront devenues dotales.

Cependant Celse fait encore une distinction pour les corps certains. Le mari avait-il le corps certain en sa possession lors de la constitution de dot : il devra le rendre à la dissolution avec ses accessoires *...nam ita poterit videri res ipsa ad eum pervenisse...* (L. 58, § 1, D. *de jur. dot.*). Le mari n'avait-il pas la chose en sa possession à ce moment-là : dans ce cas il a obtenu la libération de son obligation et sera simplement tenu, à la dissolution du mariage, de la rétablir telle qu'elle était primitivement; il redeviendra débiteur du corps certain sans les accessoires : *... si non habuerit, magis est ut liberatio obligationis potius quam res ipsa ad eum pervenisse videatur, ideoque partus ejus non debetur (eod.).*

b.) 112. — La constitution de dot a pour objet la dette d'un tiers. — Si le mari a reçu le paiement pendant le mariage, il devra l'objet reçu. Si le paiement n'a pas eu lieu, il devra restituer la créance dans l'état où elle se trouve.

Cependant, lorsque le mari a pris à sa charge les risques de la solvabilité du débiteur, ou lorsqu'il a commis des fautes ou négligences, il sera tenu comme s'il avait reçu le montant intégral de la créance : *... Quod si jam tunc debitor, cum sub conditione promitteret, solvendo non fuerit, periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit.* (L. 41, § 3, D. *de jur. dot.*). Il en sera de même si le mari fait crédit au débiteur et reçoit de lui des intérêts : *...sed si maritus, nomen secutus, usuras exegerit, periculum ejus futurum respondetur.* (L. 71, *eod.*).

Nous avons admis, — il faut le rappeler ici, — que la chose promise par le père de la femme, par la femme elle-même ou par un donateur de celle-ci est aux risques de la femme. Ces risques passeront pourtant au mari s'il a fait novation avec le promettant : *Dotem a patre vel a quovis alio promissam, si vir novandi causa*

stipuletur, cæpit viri esse periculum, cum ante mulieris fuisset. (L. 35, D. *de jur. dot.*). Il en sera de même lorsque le mari aura fait remise de la dette par acceptilation : ... *cum vero acceptam fecit, omnimodo periculum ad eum pertinebit....* (L. 49, *eod.*).

Mais lorsque le mari fait acceptilation sur l'ordre de la femme, celle-ci est tenue de l'indemniser en vertu de l'action *mandati contraria*. Cette indemnité deviendra dotale au lieu et place de la dette remise. Si donc avant d'avoir payé cette indemnité, la femme agissait par l'action *rei uxoriæ*, elle devrait admettre en compensation l'obligation qui résulte de l'ordre qu'elle a donné: *nam si cœperit velle de dote agere, ipsa secum debebit compensare jussum suum.* (L. 38, *eod.* — Voir aussi LL. 36 et 37, *eod.*) C'est-à-dire que la femme n'obtiendra rien, car l'indemnité qu'elle doit est égale au montant de la dot qu'elle a fait perdre au mari.

113. — De quelle faute le mari est-il tenu, dans l'hypothèse actuelle ? On a voulu soutenir qu'il devait *l'exactissima diligentia*. On ne voit pas pourquoi. Il sera donc tenu seulement de la *culpa levis in concreto;* il y a ici les mêmes raisons de décider ainsi que pour les corps certains.

B. — La dot a été constituée par délégation.

114. — Nous admettrons pour cette hypothèse les mêmes solutions que dans le cas précédent.

En principe, sans doute, les risques de l'insolvabilité du délégué passent au délégataire. Ce dernier a suivi la solvabilité du débiteur délégué : *bonum nomen facit creditor qui admittit debitorem delegatum; nomen ejus secutus est*, dit Paul. (L. 26, § 2 et 45, § 7, D. *mandati*). Il n'a aucun recours contre le délégant : ... *creditor qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit... nullam actionem cum eo qui liberatus est habebit* (L. 68, § 1, *D. de evict.*).

Mais à côté de ces principes certains, nous avons des textes qui nous apprennent qu'ils peuvent être modifiés par la con-

vention. Le délégataire peut convenir, nous dit Paul, que la délégation se fait aux risques du délégant, et alors, tout ce que le délégataire n'aura pu obtenir du débiteur délégué, il l'obtiendra du délégant par l'action *mandati contraria : cum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat,... quod minus servavero, consequar mandati actione. — Quod mihi debebas, a debitore stipulatus sum periculo tuo, posse me agere tecum mandati in id quod minus ab illo servare potero, Nerva et Atilicinus aiunt... Et merito.* (LL. 22, § 2 et 45, § 7, D. *mandati*). Cependant, si le délégataire était en faute, s'il avait été négligent, il supporterait l'insolvabilité du délégué.

115. — Telles sont la règle et l'exception en matière de délégation. Le mari délégataire de la femme se trouve-t-il soumis à la règle générale ou doit-il bénéficier de l'exception ?

Il est soumis à la règle générale, disent les uns, en s'appuyant sur un texte d'Ulpien qui cite l'opinion de Pomponius et où on lit : ... *quamvis pacisci possit* (MARITUS) *ne sit periculo ejus nomen debitoris, qui ei dotem promisit; nam et ut sit dos periculo mulieris pacisci eum posse probat...* (L. 6. D. *de pact. dot.*). On argumente : s'il était vrai que la *delegatio dotis causa* fut réputée faite aux risques de la femme, on ne dirait pas que le mari peut convenir que la créance contre le débiteur qui a promis la dot ne sera pas à ses risques ; ce serait là une chose superflue, bien inutile.

Les autres pensent, au contraire, que le mari doit se trouver dans l'exception. Il n'est pas un délégataire ordinaire qui prend une créance nouvelle en paiement de l'ancienne désormais éteinte, et qui court la chance de l'insolvabilité du second débiteur, comme il courait la chance de l'insolvabilité du premier. Le mari se constitue éventuellement débiteur de la restitution de la dot. Qu'aura-t-il à restituer ? Ce qu'il aura reçu. Si le débiteur a payé, le mari rendra la chose ou la somme reçue ; sinon, il restituera la créance qui se trouve entre ses mains.

Nous admettons cette seconde opinion. Nous ne voyons pas, en effet, pourquoi le mari, qui, lorsqu'il a reçu en dot des

choses corporelles et en est devenu propriétaire, n'en supporte pas la perte à moins de se trouver en faute, supporterait la perte des créances qui lui ont été données en dot par délégation ou cession. La délégation ne produit pas ici son effet ordinaire qui est de mettre fin à un rapport antérieur pour en créer un nouveau ; à l'égard du mari, elle commence un rapport, elle le constitue éventuellement débiteur d'une restitution. Et comme le mari se libère de son obligation de restituer la dot, en rendant ce qui reste de la chose reçue, de même il doit se libérer en restituant ce qui reste de la créance.

Les textes que nous avons cités plus haut et qui mettent les risques à la charge du mari quand il a connu l'insolvabilité du débiteur (L. 41, § 3, *de jur. dot.*), quand il a fait crédit en recevant les intérêts (L. 71), quand il a fait novation *injussu mulieris*, comme dit Labéon (LL. 66, § 6, *sol. mat.*, 35 et 49 *de jur. dot.*), sont favorables à cette manière de voir. Ils semblent bien s'appuyer sur ce principe que les risques sont pour la femme quand le mari est exempt de fautes.

Quant à la loi 6, *de pact. dot.* sur laquelle se fondent les partisans de l'opinion contraire, elle peut s'entendre des cas où le mari aurait paru se charger des risques, *sequi nomen debitoris*. Alors, en effet, il serait pour lui prudent de convenir que ces risques ne seront pas à sa charge, par exemple, s'il connaît l'insolvabilité du débiteur.

116. — En conséquence, le mari, qui a reçu en dot des créances, que la dot ait été constituée par promesse, délégation ou cession, devra restituer les sommes qu'il aura touchées, sinon, les créances en l'état où elles se trouveront. Les risques seront pour la femme, à moins que le mari les ait pris à sa charge ou qu'il y ait faute de sa part. Il sera en faute toutes les fois que pouvant poursuivre le débiteur en temps utile et obtenir un paiement intégral, il a négligé de le faire.

CHAPITRE II

DES RETENUES QUE PEUT FAIRE LE MARI ET DES EXCEPTIONS SPÉCIALES QU'IL PEUT OPPOSER A L'ACTION REI UXORIÆ.

117. — Nous avons déterminé ce que le mari doit rendre lorsqu'il est poursuivi en restitution de dot par l'action *rei uxoriæ*. Mais le mari devra-t-il rendre la dot intégralement? S'il a fait des dépenses pour la chose dotale, s'il doit pourvoir à l'entretien des enfants, s'il a fait des donations à sa femme, si celle-ci lui cause un préjudice moral ou autre par ses mœurs légères, si elle a détourné des choses dotales, dans tous ces cas, le mari ne pourra-t-il rien retenir sur la dot? Ne pourra-t-il se défendre contre l'action *rei uxoriæ* par voie d'exception? A toutes ces questions, il faut répondre affirmativement. Avec l'action *rei uxoriæ* qui résout le droit de propriété du mari, la jurisprudence avait admis certains tempéraments connus sous le nom de *retentiones* et l'exception *quod facere potest*. Nous allons étudier les unes et les autres.

SECTION I

DES RETENTIONES.

118. — Pour des causes et dans une mesure déterminées d'avance, le mari est autorisé à exercer, sur la dot, certaines retenues. Ulpien nous en donne l'énumération : *Retentiones ex dote fiunt, aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas.* (*Frag.* Tit. VI, § 9.) Au fur et à mesure de l'étude de ces diverses causes de retenues, nous établirons leur quotité.

A la simple vue de cette énumération, on comprend que l'exercice de plusieurs de ces *retentiones* exigera le concours de certaines circonstances, et la présence de certaines personnes dans l'instance en restitution de la dot; telles sont les deux premières *propter liberos* et *propter mores*. Les trois dernières, au contraire, pourront avoir lieu dans tous les cas et quelles que soient les personnes qui figureront dans l'action *rei uxoriæ*.

Après avoir parcouru ces diverses causes de retenues, il faudra nous demander si elles peuvent être cumulées.

§ I. — *Retentio propter liberos.*

119. — Deux conditions sont nécessaires pour que le mari puisse exercer la *retentio propter liberos :* la dissolution du mariage par divorce, et que ce divorce soit dû à la faute de la femme ou du père sous la puissance duquel elle se trouve; *... si culpa mulieris aut patris cujus in potestate est, divortium factum sit*, dit Ulpien. (*Frag.*, tit. VI, § 10). Le simple fait d'envoyer la répudiation sans motif suffisant, constitue la faute nécessaire pour donner lieu à cette *retentio*. Elle a un double but : punir la femme à qui la rupture du mariage est imputable; indemniser le mari qui reste chargé de l'entretien et de l'éducation des enfants.

Lors donc que le divorce aura lieu sans la faute de la femme ou par la faute du mari, ce dernier n'aura pas droit à la *retentio propter liberos : si divortium est matrimonii, et hoc sine culpa mulieris factum est, dos integra repetetur*... (Paul. Inst., liv. II, *de dotibus*); *Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuntium remisit, tamen pro liberis manere nihil oportet.* (Cicéron, topic. ch. IV). Boethius, dans son commentaire sur ce passage de Cicéron, donne une même solution.

Pour savoir s'il y a lieu à la *retentio*, il faut donc rechercher non par quel époux a été envoyée la répudiation, mais quel est celui qui est en faute : *Non ab eo culpa dissociandi matrimonii procedit*, dit Papinien, *qui nuntium divortii misit, sed qui discidii necessitatem induxit.* (*Vat. frag.* § 121.) Pour que la rupture du

mariage soit inputable à l'époux qui a notifié la répudiation, il faut qu'aucune faute n'ait précédé de la part de son conjoint (Cicéron, *loc. cit.*).

120. — Dans quelle mesure se fait cette retenue? *Quod si culpa mulieris factum est divortium*, lisons-nous à la suite du passage de Paul que nous avons cité, *in singulos liberos sexta pars dotis a marito retinetur usque ad mediam partem duntaxat dotis.* Le mari retient donc par chaque enfant un sixième de la dot, sans toutefois pouvoir en garder plus de la moitié (*sic.* Ulpien, *loc. cit.*).

121. — Les parties peuvent-elles faire des pactes par lesquels elles conviendraient soit d'augmenter la quotité de la retenue, soit de l'étendre à tous les cas de divorce? La question est posée et affirmativement résolue dans le § 106, *des Vatic. frag. Convenit in pacto dotali, ut, divortio facto, sextæ liberorum nomine retinerentur : quæro an discidio interveniente, sextæ retinere possint. Paulus respondit secundum ea quæ proponuntur posse.* Il faut bien interpréter ainsi ce texte, sans quoi il n'aurait pas de sens. S'il ne s'applique pas à un pacte qui prévoit le divorce en général, on ne voit pas la raison qui fait naître le doute et poser la question. En l'appliquant au contraire comme nous faisons, la *retentio propter liberos* s'exerçant en cas de faute de la femme, on comprend qu'on puisse se demander si, en vertu d'un simple pacte, ce que la loi considère comme une peine peut être imposée à la femme innocente. La réponse affirmative en ce cas s'explique quand on songe que cette retenue est aussi une indemnité des charges laisées au mari après la dissolution du mariage; une convention peut bien la lui assurer, quelle que soit la cause du divorce.

Le § 107 vient confirmer cette manière de voir. Il prévoit le cas où, après un divorce et avant la restitution de la dot, un nouveau mariage a été contracté entre les mêmes époux, mais sans le renouvellement du pacte dont nous nous occupons et qui avait été conclu lors du premier mariage. On se demande si ce pacte devra recevoir son application à la dissolution de ce second

mariage. Le jurisconsulte qui est Paul, répond que le pacte n'ayant pas été renouvelé, la retention ne pourra avoir lieu qu'autant que le divorce sera survenu par la faute de la femme : ... *Si verum divortium intercessit, et ad eumdem rursum reversa, non renovato pacto, manente dote, divortit, sextas liberorum nomine ita demum retineri posse, si culpa mulieris divortium intercessit.* Le pacte dont s'agit prévoyait donc bien un divorce survenu sans la faute de la femme et il accordait néanmoins au mari un droit de rétention.

122. — Ces sixièmes que le mari peut prélever sur la dot pour subvenir aux frais d'entretien et d'éducation des enfants ne peuvent être que l'objet d'une rétention. Le mari n'a pas d'action pour les réclamer au cas où il aurait restitué la dot sans les retenir, *in retentione sunt, non in petione* (Ulpien, *loc. cit.*).

123. — Nous avons dit que cette *retentio* exigeait le concours de certaines circonstances et la présence de certaines personnes dans l'instance. Après les explications données il est facile de déterminer les unes et les autres.

Il faut nécessairement qu'il y ait divorce et faute de la femme ; ce sont là les circonstances nécessaires.

Il faut en outre la présence des deux époux dans l'instance, ou tout au moins du mari et des héritiers de la femme. Ces derniers devront subir la retenue, tandis que les héritiers du mari ne pourront l'exercer. C'est facile à comprendre.

Supposons, en effet, le mariage dissous par la mort du mari : ses héritiers seront ou ses enfants, ou des tiers qui n'auront pas la charge des enfants. Que si le mariage vient à se dissoudre par la mort de la femme, la dot reste au mari. Le père de la femme n'a droit qu'à la dot profectice. Il subira bien, il est vrai, une retenue *propter liberos*, mais toute différente de celle que nous venons d'étudier. D'abord elle est d'un cinquième par chaque enfant ; elle peut épuiser la totalité de la dot ; elle a toujours lieu que la femme soit ou non en faute : *mortua in matrimonio muliere, dos a patre profecta ad patrem revertitur*,

quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum (Ulpien, *eod.* § 4).

L'expression *in infinitum* a soulevé une foule de controverses qui s'évanouissent devant l'explication si simple que nous venons de donner, et en faveur de laquelle nous pouvons invoquer une décision de Paul : *Paulus respondit patrem dotem a se profectam, mortua in matrimonio filia, deductis quintis singulorum liberorum nomine, repetere posse.* Le père peut redemander la dot profectice, une fois qu'on en a déduit le cinquième de chaque enfant, et Paul n'apporte pas de limite à cette retenue.

§ II. — *Retentio propter mores.*

124. — Cette retenue s'exerce contre la femme coupable d'inconduite. Elle est d'un sixième de la dot, si l'atteinte aux mœurs est grave; d'un huitième si cette atteinte est légère. On entend par écart grave l'adultère; toutes les autres fautes de conduite sont des écarts légers : *Morum nomine, graviorum quidem, sexta retinetur; leviorum autem octava. Graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui.* (Ulp., *eod.* § 12).

Le mari ne peut exercer cette *retentio* que s'il en est digne. Il ne le peut pas s'il a les mêmes torts que la femme : *viro atque uxore mores invicem accusantibus, causam repudii utrumque dedisse prononciatum est. Id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicetur. Paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.* (L. 37, D. *sol. mat.*). Il en serait de même pour le mari qui aurait favorisé les dérèglements de sa femme : *cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur...* (L. 47, *eod.*).

Le mari d'ailleurs était lui-même puni en cas d'inconduite. suivant le degré de gravité de sa faute, il perdait un an ou deux de jouissance ou de revenus de la dot (Ulp., *eod.* § 13).

125. — Comme la précédente, cette *retentio* exige le concours de circonstances déterminées et la présence de certaines

personnes dans l'instance. Elle est, en effet, la peine d'une offense faite par la femme au mari ; elle les suppose donc l'un et l'autre parties dans l'action, et par conséquent elle se restreint à l'hypothèse d'un divorce.

Hors de là, en effet, ou ce sont les héritiers du mari qui sont poursuivis par la femme, et ils ne peuvent lui opposer son inconduite, *morum vero coercitionem non habet* (L. 15, § 1, D. *sol. mat.*) ; ou c'est au père de la femme que compète l'action, il ne saurait être puni pour la faute de cette dernière.

A la différence de la *retentio propter liberos*, la *retentio propter mores* peut-être exercée par une action spéciale, *judicium morum*, *actio de moribus* (L. 5, pr. D. *de pact dot.* — *Gaius*, IV, § 102.).

126. — Ces deux *retentiones* peuvent-elles se cumuler ? Grosse question qui paraît insoluble. Il n'y a pas de texte qui puisse aider à la trancher ; les auteurs sont très divisés et quelques-uns, notamment M. Pellat, n'osent émettre une opinion. On conçoit dès lors notre embarras.

Si pourtant il fallait absolument prendre parti, nous nous prononcerions en faveur du cumul.

En général, lorsqu'il existe deux actions pour poursuivre la réparation d'un préjudice, l'individu lésé peut exercer l'une ou l'autre à son choix, mais ce choix une fois fait son droit est épuisé. Cependant il pourra recourir à l'action qu'il n'a pas intentée, si elle peut lui faire obtenir plus qu'il n'a eu par la première ; il ne l'exercera que jusqu'à concurrence de ce qu'elle peut lui donner de plus. Telle est la règle pour les actions.

Il faudrait donc dire ici que le mari, après avoir exercé une *retentio*, ne pourrait recourir à l'autre qu'autant qu'elle lui donnerait quelque chose de plus que la première, et pour ce surplus seulement. Ce raisonnement serait parfait si nous nous trouvions en présence de deux actions. Malheureusement il n'en est rien. La *retentio propter liberos* ne donne pas lieu à une action, *in retentione, non in petitione* nous a dit Ulpien. Il faut donc écarter la règle relative aux actions.

Ces deux *retentiones* se cumuleront parce que ce ne sont pas

deux actions et que si elles ont un but identique: « punir la femme, » elles n'ont pas le même objet. L'une est destinée à procurer au mari une indemnité qui l'aidera à supporter les frais d'entretien et d'éducation des enfants ; elle est accordée en considération des enfants. L'autre, au contraire, a pour objet de réparer le préjudice causé au mari par l'inconduite de sa femme; elle est accordée en la seule considération du mari. Il paraît assez naturel, étant donné ces objets divers, que le mari puisse cumuler ces deux *retentiones*.

Quoiqu'il en soit, il est indiscutable que chacune de ces *retentiones* peut se cumuler avec les trois autres qu'il nous reste à étudier.

§ 3. — *Retentio propter impensas.*

127. — La troisième cause qui autorise le mari à exercer une *retentio* sur la dot, ce sont les dépenses par lui faites pour les choses dont elle se compose. Cependant toutes ces dépenses ne donnent pas lieu à une retenue. Ulpien en distingue trois espèces dont il donne des définitions d'une précision remarquable.

Ces dépenses sont nécessaires, utiles ou voluptuaires : *Impensarum species sunt tres : aut enim necessariæ dicuntur, aut utiles, aut voluptuosæ* (*Ulp. frag.* tit. VI, § 14). Parcourons-les rapidement.

A. — Impenses nécessaires.

128. — Les impenses nécessaires sont celles dont l'omission détériorerait la dot, *quibus non factis dos deterior futura esset* (§ 15, *eod.*). Le mari ne peut se dispenser de les faire sans engager sa responsabilité. Paul nous dit, en effet, que l'on doit regarder comme nécessaire toute dépense dont l'omission entraînera contre le mari une condamnation proportionnelle à l'intérêt que pouvait avoir la femme à la voir s'effectuer : *Et in totum, id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito*

omissum sit, judex tanti eum damnabit quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri (L. 4, D. *de imp. in res dot. factis*).

129. — Le mari recouvre la totalité de ces dépenses. Nous trouvons même dans les textes cette formule : *impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt*, formule dont il faut déterminer la portée. Pour cela distinguons trois hypothèses.

1° La dot consiste tout entière en argent. Dans ce cas le principe s'applique à la lettre, à ce point que si, pendant le mariage, la femme rembourse la dépense, ce remboursement ne rétablit pas la dot dans son intégrité, mais il l'augmente : *Sed si impensis necessariis mulier satisfecerit utrum dos crescat, an vero dicimus ex integro videri dotem? Et ego,* dit Ulpien, *ubi pecunia est, non dubito dotem videri crevisse* (L. 5, § 1, *in fine, de imp. in res dot. fact.*). Cette somme est donc toujours réputée *adventice.*

2° La dot consiste tout entière en corps certains. Devra-t-on considérer, par exemple, le fonds pour lequel la dépense aura été faite, comme ayant cessé d'être dotal pour une partie proportionnelle au montant de l'impense? Evidement non, car au lieu d'un fonds, supposons la dépense faite pour un esclave; comment en retrancher une somme d'argent? Aussi dit-on que la diminution porte, non sur les *corpora dotalia,* mais sur l'*universitas dotis* : *sed quod diximus ipso jure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum* (L. 1, § 4, *de dot. præl.* V. aussi L. 5 pr. *de imp. in res dot. fact.*) Dans ce cas, le mari a le droit de retenir la dot jusqu'à ce qu'il soit désintéressé, *manebit igitur maritus in rerum detentionem, donec ei satisfiat* (L. 5, pr. *de imp. in res doct. fact.*) La restitution est donc due en espèces, et pour les immeubles l'inaliénabilité subsiste toujours.

Si les corps certains avaient été estimés, nous retomberions dans la première hypothèse, *si æstimata corpora in dotem data sunt, ipso jure dos diminuetur per impensas necessarias (eod).*

3° La dot comprend tout ensemble de l'argent et des corps

certains. Dans ce cas, les dépenses nécessaires s'imputeront sur la dot pécuniaire et la diminueront de plein droit. Si elles arrivent à les absorber, nous nous retrouvons dans la précédente hypothèse (L. 56, § 3, *de jur. dot.*).

130. — Au cas où le mari n'a pas retenu le montant de ces dépenses en restituant la dot, il aura une *condictio indebiti* pour répéter ces sommes (L. 5, § 2, *de imp. in res dot. fact.*).

B. — Impenses utiles.

131. — Les dépenses utiles sont celles dont l'omission ne détériorerait pas la dot, mais dont l'exécution a rendu cette dot plus productive, *quibus non factis quidem deterior dos non fieret, factis autem fructuosior effecta est.* (Ulp., § 16, *eod.*).

Ont-elles été faites du consentement de la femme, le mari peut en opérer la retenue lors de la restitution de la dot, *utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factæ sunt* (L. 8, *de imp. in res dot. fact.*), à condition toutefois que le remboursement ne soit pas trop onéreux pour la femme, ne la mette pas dans l'obligation de vendre, *iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere (eod.).*

Ont-elles, au contraire, été faites sans le consentement de la femme ; elles sont alors considérées comme voluptuaires.

132. — Pour ces dépenses, le mari n'avait qu'un droit de retention. Justinien lui accorda l'action *mandati* ou l'action *negotiorum gestor,* suivant que les dépenses utiles avaient été faites avec ou sans le consentement de la femme.

C. — Impenses voluptuaires.

133. — On appelle ainsi les dépenses dont l'omission n'aurait pas détérioré la dot, mais dont l'exécution ne l'a pas améliorée. *Quibus neque omissis deterior dos fieret, neque factis fructuosior effecta est* (*Ulp.*, § 17, *eod.*). Le mari n'a d'autre ressource pour se couvrir de ses dépenses que d'enlever ce qu'il peut séparer de

la chose principale sans détériorer le fonds dotal. Il n'y a pas à distinguer si elles ont été faites avec ou sans le consentement de la femme. Si cependant la femme s'oppose à cet enlèvement, le mari a droit alors à une retenue : *Pro voluptuariis impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur... Si modo recipiant separationem...* (L. 9, *de imp. in res dot. fact.*).

La femme ayant un besoin pressant de sa dot, le mari peut la lui restituer sans se prévaloir de son droit de rétention. Pour s'assurer le remboursement de ses dépenses, il pouvait le stipuler. Cette stipulation était appelée *tribunitia*, sans doute parce qu'elle émanait de la juridiction des tribuns.

134. — Cette *retentio propter impensas* n'est à vrai dire que l'exercice d'un droit de créance ; aussi a-t-elle lieu dans tous les cas, quelles que soient les personnes qui figurent à l'action *rei uxoriæ*. Cette remarque s'applique aux deux autres *retentiones* que nous allons étudier. C'est là un trait caractéristique qui les différencie des précédentes.

§ 4. — *Retentio propter res donatas.*

125. — Les donations entre époux, sauf celles à cause de mort ou de divorce, sont interdites. Mais elles ne le sont qu'autant qu'elles produisent ce double effet : appauvrissement de l'époux donateur, enrichissement de l'époux donataire. Toute donation qui n'aboutit pas à un tel résultat est valable. C'est ainsi que la donation d'un esclave pour l'affranchir, d'une somme d'argent pour permettre au mari l'accès aux honneurs, est permise. Si l'époux donateur s'appauvrit, l'époux donataire ne s'enrichit pas, car l'esclave, en devenant libre, cesse d'être dans son patrimoine, et la somme d'argent sera dépensée sans laisser dans les biens du mari une valeur équivalente appréciable.

Hors ces cas exceptionnels, le mari peut retenir la valeur du capital qu'il a donné.

136. — S'il néglige d'user de ce droit de retention, il conserve

celui d'exercer les actions qu'il a à sa disposition comme propriétaire : l'action en revendication, si la chose existe encore ; l'action utile, si la femme en a tiré profit ; la *condictio sine causa* s'il s'agit de choses fongibles, et enfin l'action *ad exhibendum*, au cas de mauvaise foi de la part de la femme.

§ V. — *Retentio propter res amotas.*

137. — La cinquième cause de rétention est la soustraction que la femme a commise, en vue du divorce, au préjudice de son mari. Ce dernier a la *retentio propter res amotas* qui lui permet de retenir la dot jusqu'à la restitution des objets détournés.

Au cas où le mari, dans l'ignorance du détournement, restitue la dot, il naît à son profit une action qui, en toute autre circonstance, serait la *condictio furtiva*. Mais par égard pour les relations qui unissent les deux époux, on s'est contenté d'établir une action en restitution que par ménagement on appelle action pour les choses détournées, *actio rerum amotarum*.

Le mari était également tenu de cette action. La seule phrase d'Ulpien (§ 7, *cod.*) qui nous reste à ce sujet ne parle même que de cette hypothèse ; mais le mot *quoque* fait supposer que ce jurisconsulte s'était précédemment occupé de celle où le détournement a été perpétré par la femme.

Le détournement commis pour toute autre cause que le divorce ne donne pas lieu à cette *retentio ;* l'époux lésé n'a, à sa disposition, que les actions qui lui compètent comme propriétaire.

138. — Peut-on cumuler ces diverses *retentiones ?* La réponse n'est pas douteuse. Les trois dernières sont, en quelque sorte, un droit de créance qui naît, soit d'un mandat ou d'une gestion d'affaires comme pour la *retentio propter impensas*, soit de la loi dans la *retentio propter res donatas*, soit de la faute de la femme dans la *retentio propter res amotas*. Ces trois *retentiones* ont donc des objets différents ; ce sont des créances diverses et le créancier a le droit de poursuivre le recouvrement intégral de chacune d'elles.

Elles se cumuleront avec les deux premières dont les causes et les objets sont absolument différents. Or, nous avons admis que les *retentiones propter liberos* et *propter mores* pouvaient se cumuler entre elles. Le mari pourra donc les cumuler toutes.

SECTION II

EXCEPTION QUOD FACERE POTEST.

139. — Le mari, en raison des liens d'affection qui l'ont uni à sa femme et sont présumés survivre à la dissolution du mariage, poursuivi en restitution de la dot par l'action *rei uxoriæ*, pouvait opposer l'exception *quod facere potest;* par là il obtenait de n'être condamné que jusqu'à concurrence de la consistance de son patrimoine.

Ce bénéfice est personnel au mari; il peut être invoqué contre tout demandeur; il est d'ordre public, on ne peut y renoncer d'avance. Nous l'étudierons plus en détails dans notre chapitre IV.

CHAPITRE III

CAUSES D'EXTINCTION SPÉCIALES A L'ACTION REI UXORIÆ.

140. — Nous n'avons à formuler ici que quelques courtes observations.

Toutes les causes d'extinction applicables aux actions en général, s'appliquent également à l'action *rei uxoriæ*. Toutefois, quand nous avons étudié la nature de notre action, nous avons vu que la *capitis deminutio*, même la *media*, la laissait substituer toute entière : l'émancipation, la déportation laissent vivre l'obligation de restituer et le droit à la restitution de la dot. C'est aussi la nature de l'action *rei uxoriæ* qui fait naître les causes d'extinction qui lui sont spéciales.

Ces causes sont au nombre de deux; elles exigent deux hypothèses particulières que nous allons examiner.

§ I. — *Mort de la femme après le divorce.*

141. — Supposons un mariage dissous par le divorce. La femme vient à mourir. Dans ce cas, l'action *rei uxoriæ* est éteinte. Nous savons, en effet, que notre action est une action personnelle, exclusivement attachée à la personne physique. Cette personne venant à disparaître, l'action disparaît avec elle.

Il faut cependant, pour que cette extinction se produise, que la femme n'ait pas mis son mari en demeure de restituer la dot. Cette mise en demeure résulte, comme nous l'avons expliqué, d'une interpellation, en quelque sorte, authentique ; il n'est pas nécessaire d'arriver à la *litis contestatio*. (Ulp., *frag. VII*, 7; — *frag. vat.* §§ 5 et 112).

Ce cas d'extinction ne s'applique pas à une dot profectice, constituée par un ascendant qui survit à sa fille. L'ascendant

pourra toujours agir par l'action *rei uxoriæ*, bien qu'il ne puisse plus le faire *adjuncta filiæ personna*, ce concours étant devenu désormais impossible : *Pater dotem a se datam absente filia petit, et ratam rem habituram eam cavit : ea, priusquam ratum haberet, mortua est. Negavit committi stipulationem, quia, etsi verum sit ratum eam non habuisse, nihil tamen mariti intersit dotem restitui, quum patris etiam, mortua filia, salva esse dos debeat* (L. 25, pr. D. *rat. rem hab.*).

En résumé, on applique dans cette hypothèse les mêmes règles que si la femme était morte *in matrimonio*.

§ II. — *Le mari est mort laissant un legs à sa femme.*

142. — Le mariage est dissous par la mort du mari, et ce dernier a laissé un legs à sa femme. Celle-ci n'est pas autorisée à le cumuler avec la reprise de sa dot. Aux termes d'une disposition prétorienne, qu'on appelle l'édit *de alterutro*, la femme n'a qu'un droit d'option entre sa dot ou le legs que lui a fait son mari.

L'option en faveur du legs entraîne donc l'extinction de l'action *rei uxoriæ* (L. *unic.*, § 3, C. *de rei ux. act.*). Cette loi décide que l'édit *de alterutro* ne sera pas appliqué, et que la femme légataire pourra recevoir son legs et obtenir la restitution de sa dot. Elle ne le pouvait donc pas avant Justinien.

D'autre part et comme conséquence, si la femme a été instituée héritière par son mari et qu'elle ait fait adition, la dot à la différence des autres dettes héréditaires, n'est pas déduite de la masse pour le calcul de la *quarte falcidie*. Cela ressort du § 8 de cette même loi où Justinien faisant disparaître cette cause d'extinction, décide que la dot, comme les autres dettes, devra être déduite de la masse sur laquelle on fera le calcul de la loi Falcidie.

CHAPITRE IV

FAVEURS ACCORDÉES A L'UN ET A L'AUTRE ÉPOUX DANS L'ACTION *rei uxoriæ*.

143. — Le mari défendeur, la femme demanderesse dans l'action *rei uxoriæ* jouissent de certains privilèges. Le mari a le bénéfice de compétence, il lui est accordé à raison des liens qui l'unissent ou l'ont uni à son adversaire dans l'action ; la femme, de son côté, est munie d'un privilège qui lui donne le pas sur les autres créanciers de son mari, cela dans son intérêt et dans un intérêt d'ordre public. Il faut que la femme sauve sa dot afin de pouvoir se remarier et donner des citoyens à l'Etat.

SECTION I

PRIVILÈGE DE LA FEMME.

144. — La créance de la femme pour le recouvrement de sa dot est privilégiée. Ce privilège, qualifié par les rares textes du Digeste qui le mentionnent, notamment par la loi 74 *de jur. dot.* de *privilegium inter personnales actiones*, ne ressemble en rien à ce que dans notre droit on appelle un privilège.

Il ne confère à la femme aucun droit réel, par conséquent ni droit de suite, ni droit de vente. Il est primé par toute hypothèque même postérieure en date. Il donne simplement à la femme un droit de préférence sur les créanciers chirographaires.

C'était un privilège accordé tout à la fois à raison de la qualité du créancier et à raison de la qualité de la créance : du créancier dont la faiblesse et l'ignorance des affaires le désignaient à la protection spéciale de la loi ; de la créance, à cause de l'intérêt d'ordre public qui s'attachait à sa nature.

145. — Entre les divers privilèges qui peuvent exister, les rangs s'établissent d'après la seule qualité des créances, sans

avoir égard à leur ancienneté. Il pouvait donc arriver que l'intérêt de la femme ne l'emportât pas toujours. C'est ainsi qu'en cas de concours entre le privilège du fisc et celui de la femme, celui du fisc obtenait le premier rang (L. 3, C. *de primipilo*). Cependant le rang du privilège du fisc paraît avoir varié. Il semble, en effet, résulter de la loi 9, au Code, *de jur. dot.*, que pendant longtemps le privilège de la femme fut préféré à celui de l'état : *dotis tuæ potiorem causam magis esse convenit quam reipublicæ, cui postea idem maritus obnoxius factus est.*

Cujas a tiré du mot *postea* cette conclusion que de ces deux privilèges celui-là l'emportait qui était antérieur en date (Cujas, *Recit. solemn. ad lib.* 5, C. tit. XII) ; mais on peut supposer que le mot *postea* n'exprimait qu'une circonstance accidentelle du cas réglé dans le rescrit.

Le privilège de la femme était primé encore par le privilège des frais funéraires (L. 45, D. *de religiosis*) ; par celui de l'individu qui avait déposé de l'argent chez le mari banquier (L. 7, § 2, D. *depositi*) ; enfin par le privilège des frais d'inventaire et de la vente des biens.

Ce privilège était également attaché à l'action qui avait pour objet d'obtenir la restitution de ce que la femme avait donné pour un mariage qui n'avait pas eu lieu ou nul (LL. 17, § 1, 18 et 19, *de reb. auct. jud. possid.* — 74 *de jur. dot.*). La femme avait alors la *condictio ob rem dati re non secuta*, ou la *condictio sine causa*.

Ce privilège était personnel à la femme; il était refusé au père héritier de la femme.

SECTION II

FAVEUR ACCORDÉE AU MARI.

146. — Le mari, en supposant son avoir inférieur à la dot, jouit d'une exception grâce à laquelle il n'est condamné que dans les limites de son actif brut : c'est l'exception *quod facere potest*, autrement appelé, bénéfice de compétence. Le moment est venu d'expliquer ce qu'on entend par là.

En règle générale, un débiteur est condamné à payer à son créancier la totalité de ce qu'il lui doit, et le juge n'a pas à s'inquiéter des facultés de ce débiteur ; la condamnation s'exécutera sur ses biens actuels et, s'ils sont insuffisants, sur ceux qu'il pourra acquérir plus tard. Mais il est des circonstances où, par égard pour les rapports qui l'unissent à son débiteur, le créancier ne peut le faire condamner que jusqu'à concurrence de ses facultés. Après cette condamnation ainsi réduite, le débiteur ne peut plus être inquiété, à moins qu'il n'ait promis avant la condamnation de payer le surplus s'il revenait à meilleure fortune.

Les liens qui unissent les deux époux, les égards, *honor et reverentia*, que la femme doit à son mari, justifient la faveur accordée à ce dernier de n'être condamné à restituer la dot que dans les limites de ses moyens (LL. 14, § 1, *sol. mat.* — *Unic.* C. § 7, *de rei ux. act.*). Cette même faveur, et pour les mêmes motifs, est accordée à la femme poursuivie par son mari (LL. 17, § 1, *sol. mat.* — 20 et 22, *pr. de re jud.*).

147. — Que faut-il entendre par ces facultés jusqu'à concurrence desquelles le mari doit être condamné ? Comment s'apprécie le *quod facere potest?*

Ces facultés sont les biens actuels du mari. Pour les apprécier on se place au jour du jugement et non de la *litis contestatio : Rei judicatæ tempus spectatur, quatenus maritus facere potest.* (L. 15, pr. D. *sol. mat.* — *sic ;* L. 63, § 6, *pro soc.*). Si on négligeait de tenir compte des variations qu'elles ont pu subir entre ces deux époques, la condamnation pourrait être, ou trop forte, ou trop faible.

On y comprend non seulement les droits de propriété et de créance, mais aussi les valeurs dont le mari s'est appauvri par dol : *hoc quoque facere quis posse videtur quod dolo fecit quod minus possit ; nec enim æquum est dolum suum quemque relevare.* (L. 63, § 7, *pro soc.* — *sic ;* LL. 63, pr. et 68, § 1, *pro soc.*). Cependant on ne tient pas compte des créances conditionnelles : *...Cæterum si nondum ei abest* (*ut puta sub conditione est obligatus*) *nondum videtur facere posse* (L. 28, *in fine, sol. mat.*).

L'actif se calcule sans en déduire les dettes : *sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est, non deducto ære alieno* (L. 16, *de re jud.*). Une exception est faite à ce principe en faveur du donateur.

Une autre exception est faite à ce principe lorsque le débiteur qui a le bénéfice de compétence a subi d'autres condamnations. On déduit de l'actif brut le montant des condamnations déjà prononcées : *Inter eos quibus ex eadem causa debetur, occupantis melior conditio est, nec deducitur quod ejusdem conditionis hominibus debetur...* (L. 19, pr. D. *de re jud.*). Paul, auteur de cette loi, reconnaît le droit du premier occupant. Or, le premier occupant, c'est celui qui le premier obtient une condamnation : *... In actione de peculio, occupantis melior est conditio. Occupare autem videtur non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam judicis.* (L. 10, D. *de peculio*). Cette solution donnée pour le cas où le maître est poursuivi *de peculio* est générale. Paul, en effet, termine ainsi la loi 19 pr. *de re jud.* que nous avons citée : *Sicuti sit in de peculio actione. Nam et hic occupantis melior est causa.* Par conséquent, pour déterminer le montant de la condamnation à prononcer contre le mari poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, on déduira de son actif brut les sommes qu'il doit en vertu de condamnations antérieures.

148. — Le bénéfice de compétence est personnel au mari ; il ne se transmet pas à ses héritiers : *Maritum in id quod facere potest condemnari exploratum est, sed hoc heredi non est præstandum. Quia tale beneficium personnale est, et cum personna extinguitur* (LL. 12 et 13, *sol. mat.*). Cependant si le mari est en puissance, ce bénéfice appartient à son père, parce que vis-à-vis de la femme le beau-père *locum parentis obtinet.* Il semble aussi résulter des lois 15, §§ 1, 2 et 16 *sol. mat.* que l'exception *quod facere potest* appartient également aux enfants issus du mariage.

Ce bénéfice peut au contraire être invoqué contre toute personne qui demande la restitution de la dot ; contre la femme ou ses héritiers, contre son père, contre un second mari, contre le

fisc lui-même : *Si prior maritus posteriori dotis nomine, tanquam debitor mulieris dotem promiserit, non plus quam in quod facere possit, dotis futurum esse ; — si maritus minus facere potest, et dos publicata sit, in id quod facere potest, fisco, maritus condemnandus est, ne in perniciem mariti mulier punita sit* (LL. 32 et 36, *sol. mat.*).

Ce bénéfice est d'ordre public et le mari ne peut y renoncer par un pacte, ce pacte serait contraire à la morale, *contra bonos mores id pactum esse... quippe cum contra receptam reverentiam quæ maritis exhibenda est, id esse apparet* (L. 14, § 1, *sol. mat.*).

149. — L'exception *quod facere potest* n'a pas besoin d'être insérée dans la formule ; elle rentre dans les pouvoirs du juge de l'action *rei uxoriæ*. Si, par erreur, ce dernier avait omis de l'accorder, le mari pouvait encore s'opposer aux poursuites par une exception de dol : *Si in judicio dotis judex, ignorantia juris lapsus, condemnaverit maritum in solidum, Neratius, Sabinus, doli exceptione eum uti oportere aiunt, eaque tutum fore* (L. 17, § 2, *eod.*).

Cette exception ne fut d'abord admise que dans l'action *rei uxoriæ* et ce cas est le seul que mentionnent les *Institutes* (§ 37, *de act.*). Mais Antonin le pieux décida que le mari jouirait de notre exception dans toute action contractuelle (L. 20, *de re jud.*) ; il ne s'agit que des contrats faits pendant le mariage (L. 35, pr. D. *de neg. gest.* et L. *unic.* § 7, C. *de rei ux. act.*).

Nous terminons ici la deuxième partie de notre travail et avec elle l'étude de l'action *rei uxoriæ* à l'époque classique. Nous allons brièvement exposer les innovations apportées par Justinien. C'est là l'objet de notre troisième partie.

TROISIÈME PARTIE

Innovations de Justinien.

150. — En racontant les origines de l'action *rei uxoriæ*, nous avons vu que, dans le principe, la constitution de dot était accompagnée d'une stipulation de restitution pour le cas où le mariage viendrait à être dissous par le divorce. La femme avait alors une action *ex stipulatu*, soumise aux règles générales des actions de ce nom, et où l'on faisait abstraction de la véritable cause de la créance.

Justinien, pour opérer ses réformes relatives à l'action destinée à poursuivre le recouvrement de la dot, pose en principe qu'une stipulation de restitution doit être sous-entendue dans toute question dotale. La conséquence de cette idée est que, si la femme a réellement stipulé, cette stipulation est réputée valable, nonobstant toutes les causes de nullité qui pourraient l'affecter d'après le droit commun.

Ce point de départ posé, Justinien supprime le nom de l'action *rei uxoriæ* et décide que ce sera toujours par une action *ex stipulatu* que la dot sera redemandée.

Pour créer cette nouvelle action, Justinien fit des emprunts à l'ancienne action *ex stipulatu*, à l'action *rei uxoriæ*, et y joignit quelques innovations. Nous allons donc indiquer les règles de l'ancienne action *ex stipulatu* maintenues par Justinien ; celles qu'il a rejetées pour les remplacer par des emprunts faits à l'action *rei uxoriæ*, et enfin les innovations par lui apportées.

CHAPITRE I

RÈGLES DE L'ACTION EX STIPULATU MAINTENUES PAR JUSTINIEN.

151. — L'action *ex stipulatu* peut toujours être exercée, de quelque façon que le mariage vienne à se dissoudre, par le divorce, ou même la mort de la femme : *illo procul dubio in ex stipulatu actione servando, ut, si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat* (L. *unic.*, § 6, C. *de rei ux. act.*). Elle est transmissible aux héritiers. La femme est réputée avoir stipulé elle-même; si donc le mariage vient à se dissoudre par sa mort, ses héritiers peuvent intenter notre action; *sed ad mulieris hæredes*, continue notre paragraphe, *ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur, sive expressa fuerit, sive et hac lege inesse intelligatur; (Sic.* § 7, *eod.)*. Il va de soi que la mise en demeure du mari n'est pas nécessaire : *maneat ex stipulatu actionis jus ad successores et sine mora transmissionis incorruptum* (§ 4, *eod.*). C'est, du reste, conforme au droit commun et logique. On ne comprendrait pas que la mort de la femme put donner ouverture à l'action dans la personne de ses héritiers, et l'éteindre une fois ouverte.

152. — L'action *ex stipulatu* ne souffrait aucune retenue, si ce n'est *propter impensas necessarias : taceat in ea retentionum verbositas* (§ 5, *eod.*). Justinien lui conserve ce caractère. Il supprime donc les *retentiones* et explique longuement les motifs de sa décision (§ 5, *eod.*). Pourquoi les maintenir, dit-il, alors que le mari a, suivant les cas, une *condictio*, le *judicium de moribus*, ou l'action *rerum amotarum*, pour se couvrir des dommages que peut lui causer, soit la donation qu'il a faite à sa femme, soit l'inconduite de cette dernière, ou le détournement par elle commis. Il abroge radicalement la *retentio propter liberos*, parce que les parents sont naturellement portés à pourvoir à l'édu-

cation de leurs enfants, *cum ipse naturales stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur* (*eod.*).

Justinien maintient l'ancienne règle : *impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt* (*Inst.*, liv. IV, tit. VI, § 7), et par suite la *retentio propter impensas necessarias*.

Enfin pour les impenses utiles, Justinien donne au mari l'action *mandati*, lorsqu'elles ont été approuvées par la femme; l'action *negotiorum gestorum* dans le cas contraire. C'est un peu contradictoire avec l'idée que le mari est propriétaire de la dot. Mais Justinien ne s'embarrasse pas pour si peu. Pour les impenses voluptuaires, le mari conserve le droit d'enlever ce qui peut l'être sans causer de détérioration; *quod si voluptuariæ sint... deductio operis quod fecit, sine læsione tamen prioris speciei, marito relinquatur* (L. *unic*, § 5, C. *de rei ux. act.*).

153. — Quand la femme avait stipulé la restitution de sa dot, l'édit *de alterutro* ne recevait pas d'application. Justinien maintient cette règle. Il en excepte toutefois le cas où le legs a été expressément fait sous cette condition qu'il tiendrait lieu de restitution de la dot, *sciendum itaque est edictum prætoris quod de alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare, nisi specialiter pro dote ei maritus ea dereliquit* (§ 5, *eod.* — *sic :* § 8). Cette règle existait déjà dans le droit classique (L. 6, D. *sol. mat.*).

CHAPITRE II

RÈGLES DE L'ANCIENNE ACTION EX STIPULATU REJETÉES PAR JUSTINIEN ET REMPLACÉES PAR CELLES DE L'ACTION REI UXORIÆ.

154. — Lorsqu'à la dissolution du marirge la femme était *alieni juris*, et si la restitution de la dot avait été stipulée par elle-même ou par son père, ce dernier seul pouvait exercer l'action *ex stipulatu*. S'il mourrait sans l'avoir exercée, elle passait à ses héritiers.

L'action *rei uxoriæ*, au contraire, ne pouvait être suivie par le père qu'*adjuncta filiæ personna*. Justinien transporte cette règle à la nouvelle action *ex stipulatu*. Si le père vient à mourir, la nouvelle comme l'ancienne action appartiendra à la fille seule. (L. *unic.* § 14, C. *de rei ux. act.*).

Seule aussi elle aura le droit d'exercer l'action *ex stipulatu*, comme autrefois seule elle avait le droit d'agir par l'action *rei uxoriæ*, en cas d'émancipation ou d'exhérédation. Même héritière, elle aura la propriété exclusive de la nouvelle action *ex stipulatu : æquissimum nobis visum est et in stipulatu actione mulierem dotem suam præcipuam accipere, etsi emancipata, vel exhæredata sit, vel cum aliis heredibus scripta* (§ 11, *in fine, eod.*). Autrefois, au contraire, dans tous ces cas, la fille ne reprenait pas la dot stipulée restituable par le père, ou ne la reprenait que dans la mesure de son droit héréditaire.

155. — L'action *ex stipulatu* étant une action *stricti juris*, le mari était toujours condamné *in solidum*, peu importait l'insuffisance de ses moyens. C'était seulement quand il était poursuivi par l'action *rei uxoriæ* qu'il pouvait opposer l'exception *quod facere potest.*

Justinien donne au mari, poursuivi par la nouvelle action *ex*

stipulatu, le bénéfice de compétence. Mais il lui impose la caution de payer le surplus dès qu'il sera en mesure de le faire, quand il sera revenu à meilleure fortune : *in hac parte rudem figuram ex stipulatu damus actioni, ut si matrimonium fuerit dissolutum, nullo pacto adhibito, in tantum quidem maritus condemnetur, in quantum facere potest... cautione videlicet ab eo exponenda quod si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc restituere procuret* (§ 7, *eod.*).

Quand le bénéfice de compétence était invoqué par un donateur, pour calculer ses moyens, on déduisait de son patrimoine ses dettes et une somme suffisante pour ses besoins, afin qu'il ne tombât pas dans l'indigence. Justinien étendit cette seconde partie de la règle à tous ceux qui ne doivent être condamnés que jusqu'à concurrence de leurs facultés, par suite, au mari, *in condemnatione personnarum quæ in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est ne egeant* (L. 173, D. *de reg. jur.*) Cet empereur n'a pas remarqué qu'en généralisant ce point sans généraliser en même temps la déduction des dettes, il rendait illusoire cette sorte de pension alimentaire. Les dettes n'étant pas déduites, les autres créanciers s'empareront des biens laissés au mari pour ses besoins personnels.

156. — Enfin la nouvelle action *ex stipulatu* de *stricti juris* devient de bonne foi comme l'action *rei uxoriæ* et prend à ce sujet tous les caractères de cette dernière; *quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit, accomodetur ei natura rei uxoriæ, et bonæ fidei beneficium : et omnes quidem eventus quos dos ex stipulatu habet, maneat pro sua natura exercens. Si quid autem optimum ex rei uxoriæ actione invenimus, hoc in præsenti specialiter ei addimus* (L. *unic.* § 2, *de rei ux. act.*) Ce passage résume tout ce que nous venons d'exposer.

CHAPITRE III

RÈGLES REMPLACÉES PAR DES INNOVATIONS.

157. — Ici Justinien innove complètement et d'une façon plus ou moins heureuse.

Dans le droit classique, la dot redemandée par l'action *ex stipulatu* devenait tout entière et dans tous les cas immédiatement exigible à la dissolution du mariage. Justinien trouve cette règle trop dure. Mais au lieu d'admettre la distinction et les délais de l'action *rei uxoriæ*, il crée des distinctions et des délais nouveaux.

Il s'attache au caractère mobilier ou immobilier des choses dotales. La dot immobilière, c'est-à-dire consistant en immeubles non estimés, est immédiatement exigible. Pour la dot mobilière le mari a, pour la restituer, le délai d'un an à partir de la dissolution du mariage; ce délai s'applique aux quantités comme aux corps certains : *Exactio autem dotis celebretur non annua, bima, trima die, sed omnimodo intra annum in rebus mobilibus, vel se moventibus, vel incorporalibus; cæteris videlicet rebus quæ solo continentur, illico restituendis* (L. *unic.* § 7, C. *de rei ux. act.*).

La restitution des immeubles comprend les fruits perçus à partir de la dissolution du mariage; les sommes d'argent ne produisent intérêts qu'au bout du délai d'un an accordé pour leur restitution. Les corps certains sont traités comme les immeubles; bien que leur restitution ne doive s'effectuer qu'une année après la dissolution du mariage, les fruits et revenus en sont dus dès la dissolution du mariage *(eod.)*.

158. — Dans l'action *ex stipulata*, la femme venait en concours avec les créanciers chirographaires du mari; dans l'action *rei uxoriæ*, au contraire, la femme avait un privilège qui lui donnait un droit de préférence sur tous les créanciers de cet ordre.

Dans la nouvelle action *ex stipulatu*, Justinien donne à la femme une hypothèque privilégiée sur tous les objets qui ont été apportés en dot. Aussi l'empereur décide-t-il que la femme pourra toujours, à la dissolution du mariage, revendiquer les choses dotales, meubles ou immeubles, estimées ou non estimées : *in rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus, si tanem exstant, sive æstimatæ, sive inæstimatæ sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam jubemus...* (L. 30, C. *de jur. dot.*).

Cela veut-il dire que les biens meubles seront inaliénables comme les immeubles, et que la femme pourra les suivre entre les mains des tiers acquéreurs? Question délicate : cependant une telle conséquence nous paraît exagérée. Il semble plus probable, surtout si on lit la suite du texte, que cette revendication accordée à la femme avait surtout pour but de la protéger contre les créanciers du mari dont elle lui évitait le concours, mais non de lui permettre d'atteindre les tiers acquéreurs, *...et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi priorem causam in his per hypotecam vindicare, cum eædem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio.* Il faut cependant bien reconnaître que son hypothèque légale lui fournira un moyen indirect d'atteindre les biens aliénés jusqu'aux mains des tiers acquéreurs.

159. — Justinien ne s'en tint pas là. Il donna à la femme une hypothèque tacite sur tous les biens du mari (C. § 1, *de rei ux. act.*). Enfin, par une nouvelle faveur tout à fait exorbitante, où il dépassait les exigences de l'équité et sacrifiait celles du crédit public, il attache à cette hypothèque générale un privilège qui lui fait primer toutes les autres hypothèques, même antérieures au mariage : ... *Sancimus ex stipulatu actionem quam mulieribus pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati...* (L. 12, § 1, C. *Qui potior.*).

Ce privilège est personnel à la femme; ses héritiers n'ont

qu'une hypothèque ordinaire, et encore Justinien ne parle-t-il que des enfants *(eod.)*.

Ces réformes furent faites à peu de distance les unes des autres. C'est en 529 que Justinien accorde à la femme l'hypotèque privilégiée sur les biens dotaux; en 530 il lui donne son hypothèque tacite sur les biens du mari; en 531 il rend cette dernière privilégiée.

160. — Un cas exceptionnel peut se présenter, c'est celui d'un conflit entre les deux femmes successives d'un même homme, ou entre la seconde femme et les enfants de la première. Dans ce cas la priorité appartient à la première femme ou à ses enfants : ... *In præsenti autem similem eis* (FILIIS) *prærogativam servamus, ne jus quod posteriori datum est uxori, anteriori dene getur : sed sic maneat eis jus incorruptum quasi ad hucvivente matre eorum. Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore prærogativam manere volumus* (L. 12, § 1, C. *qui potior.*). Les dots ayant un même privilège, la plus ancienne doit être préférée (*Nov.* 91, C. 1).

Telles furent les réformes de Justinien.

DROIT FRANÇAIS

DU CONTRAT DE MARIAGE

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

INTRODUCTION

Aperçu général. — Terminologie.
La famosissima quæstio.
Position de la question de droit international privé.

I. — APERÇU GÉNÉRAL.

1. — « ... Il n'y a point d'*homme* dans le monde, — a dit Joseph « de Maistre. — J'ai vu dans ma vie des Français, des Italiens, « des Russes, etc. ; je sais même, grâces à Montesquieu, qu'on « peut être Persan : mais quant à l'*homme*, je déclare ne l'avoir « rencontré de ma vie; s'il existe c'est bien à mon insu (1). » Aussi chaque législateur doit-il s'efforcer, et s'efforce-t-il, s'il est sage, de trouver les lois qui conviennent le mieux à la nation qu'il veut gouverner, étant données ses mœurs, sa religion, sa situation géographique, ses relations politiques, ses richesses, ses bonnes et mauvaises qualités. De là vient la diversité des législations.

(1) *Considérations sur la France,* chap. VI.

Rêver leur unification est une pure utopie née de cette erreur qui consiste à regarder les hommes comme des êtres abstraits, des entités indépendantes des temps, des lieux, des climats, du milieu social; ce qui n'est pas. Chaque peuple a et aura toujours nécessairement des lois en conformité avec le tempérament, le caractère, les croyances et les aptitudes de ses membres. On peut même se demander, à ce point de vue, si l'unité de législation dans un territoire d'une certaine étendue, aux climats et aux tempéraments divers, tout en étant soumis à un gouvernement unique, est un réel progrès ? En tout cas, c'est l'exception.

Sans aucun doute, il est de la nature et de l'essence de la vérité d'être une et universelle; mais elle peut varier dans ses manifestations et ses applications. Le beau est vrai puisqu'il est la splendeur du vrai, et pourtant il est la variété harmonieuse dans l'unité. Si nous passons au domaine du droit, il est vrai que l'homme doit être protégé jusqu'à ce que l'âge et l'expérience aient apporté à sa raison la maturité nécessaire pour qu'il puisse gérer seul ses affaires; mais cet âge variera avec les pays, parceque le développement physique de l'homme subit l'influence des climats et que le développement moral suit le développement physique.

2. — Le droit international privé est né de la diversité des législations et des rapports qui se sont établis, et s'établissent chaque jour plus nombreux, entre les nationaux des divers états qui se partagent l'univers.

Si l'antiquité répugnait à ce mélange des étrangers avec les nationaux, dominée qu'elle était par un esprit d'égoïsme et d'isolement qui lui faisait repousser toute idée d'union amicale entre les nations et restreindre au seul domaine national l'idée de l'humanité, s'il n'existait alors d'autres relations que celles de vainqueurs à vaincus, du plus fort au plus faible, il n'en est plus de même aujourd'hui. Le Christianisme en introduisant dans le monde l'idée de l'égalité entre les hommes et d'amour même envers l'ennemi, a renversé le système barbare qui réglait les

relations des peuples anciens. Il les réunit tous dans un lien d'amour pour les guider dans la voie du perfectionnement. De là est née une véritable société entre états, le rapprochement et l'union de leurs sujets.

Les contrats entre individus de nations différentes sont aujourd'hui fréquents. Si Rome ne permit jamais à ses citoyens de contracter des *justæ nuptiæ* avec des étrangers, il n'y a pas de pays aujourd'hui dont les lois aient une prohibition semblable. Les mariages entre étrangers sont fréquents, surtout sur les frontières des états. Quelle loi réglera ces mariages soit au point de vue des obligations et des droits respectifs des époux, soit au point de vue du régime des biens? C'est là une question de droit international privé. Ce droit à pour objet de résoudre les questions de ce genre, de trancher les conflits qui s'élèvent entre plusieurs lois souvent contradictoires qui pourtant paraissent devoir régir simultanément un même rapport juridique, de fournir et établir des bases rationnelles pour arriver à déterminer la loi applicable à l'exclusion de toutes les autres.

3. — Notre étude a pour objet de résoudre les conflits de lois qui peuvent surgir dans la matière du contrat de mariage. Un Français épouse une Italienne; le mariage a été célébré et le contrat rédigé en Allemagne : quelle loi déterminera la capacité des parties, les formes du contrat, gouvernera le contrat lui-même? S'il n'a pas été fait de contrat, quelle loi déterminera le régime des biens entre époux? Sera-ce la loi française, la loi italienne ou la loi allemande?

La question n'est pas nouvelle. Elle s'était déjà posée dans notre ancien droit, sous une autre forme, et avait fait naître les controverses les plus vives, les plus ardentes, les plus ardues. C'est la célèbre question : le régime de communauté dépend-il du statut réel ou du statut personnel? Nous raconterons cette controverse fameuse, mais auparavant il nous faut expliquer ces termes : statut réel, statut personnel. Ils forment, en effet, ce qu'on peut appeler la terminologie du droit international privé, ils reviendront souvent sous notre plume.

II. — TERMINOLOGIE (THÉORIE DES STATUTS).

4. — Dans les premiers siècles du moyen âge, après les invasions germaniques, le principe dominant fut celui de la *personnalité* du droit. Chacun, quelque fut le lieu de sa résidence, était soumis aux lois de sa nation d'origine.

La féodalité provoqua un changement radical. Le criterium de l'origine s'efface devant le service féodal; le principe de la *territorialité* domine. Le sol et tout ce qui s'y rapporte acquiert une influence telle que l'état des personnes dépend de leurs rapports avec le territoire : « l'homme était en quelque sorte possédé par la terre (1). » — « La condition humaine était l'accessoire de la terre (2) » : *personna naturæ ac conditioni rei se accomodat. Bona personnam non sequuntur, sed personnas ipsas ad se trahunt* (3). En un mot la terre était souveraine; elle régissait tout ce qui se trouvait sur son territoire, mais son empire ne s'étendait jamais au-delà.

Ce système était trop absolu. Il parut inadmissible que l'état des personnes, la capacité et l'incapacité qui en résultaient, pussent varier d'une seigneurie, d'une cité à l'autre; qu'on fut ici majeur, là mineur; ici capable, là incapable. De là est née la théorie des statuts.

5. — Les glossateurs l'ont mise au jour, les postglossateurs l'ont parachevée en la perfectionnant et la généralisant. Ils divisèrent en trois classes toutes les lois, toutes les coutumes en vigueur dans un pays et leur donnèrent le nom de *statuts personnels*, *réels* et *mixtes*.

« On entend par statuts personnels, — dit M. Asser, — les « lois, statuts ou coutumes qui concernent, en première ligne, « l'état et la capacité des personnes. La classe des statuts réels

(1) Mignet, *de la féod.* 1re part. chap. III.

(2) Laferrière, *hist. du droit.* t. IV, p. 420.

(3) Bourgoingne, cité par Boullenois, de la personnalité, obs. 5.

« comprend ce qui a trait aux biens et plus particulièrement aux « immeubles. La troisième comprend les lois, statuts ou coutumes « qui concernent à la fois les personnes et les biens ; ceci, toute- « fois, n'est pas constant (1). » Cette notion des statuts mixtes est admise depuis d'Argentré.

De cette théorie sont nées les régles suivantes : le statut réel régit tout ce qui se trouve sur le territoire où il commande, personnes et choses, mais ne s'étend pas en dehors de ce territoire ; — le statut personnel, au contraire, suit la personne partout; il est déterminé soit par la nationalité, soit par le domicile ; —le statut mixte, suivant qu'il avait plus spécialement pour objet les personnes ou les choses, rentrait soit dans le statut personnel, soit dans le statut réel.

Le statut réel et le statut personnel furent les deux prototypes auxquels on ramena, plus ou moins directement, tous les problèmes qui s'élevaient sur les conflits de lois. On désignait comme rentrant dans le premier toutes les lois dont l'autorité se prolongeait au-delà de leur territoire spécial ; rentrait à l'inverse dans le statut réel toutes les lois exclusivement territoriales.

6. —Cette théorie, cette doctrine, n'est pas complétement fausse. Mais, comme la concevaient nos anciens auteurs, elle avait un vice radical. Ils lui donnaient un caractère universel et voulaient l'étendre à toutes les lois ; toutes devaient passer par là. Or, il y a des lois qui ne s'occupent de régler ni la condition des personnes, ni la condition des choses et qui ne peuvent rentrer dans la distinction des statuts. Telles sont : les lois de police et de sûreté, les lois sur la forme des actes, les lois de succession, les lois sur les effets et la validité des conventions. Quand on était en présence de pareilles lois, on faisait de vains efforts pour les faire rentrer dans l'une ou dans l'autre de ces catégories. On n'arrivait pas à se convaincre les uns les autres, ni soi-même; les raisonnements étaient viciés par la base.

Le contrat de mariage en fournit un exemple frappant. Dans

(1) Asser, éléments de dr. int. pr. Introd. n° 3.

quel statut rentre-t-il ? Cette question a divisé les auteurs et la controverse a duré des siècles. Aussi l'appelait-on la FAMOSISSIMA QUÆSTIO. Est-ce un statut réel, est-ce un statut personnel ? Nous rapporterons cette controverse célèbre, elle jettera quelque jour sur notre étude. Mais finissons d'exposer la théorie des statuts.

Le vice radical de cette théorie était donc sa généralité excessive. Elle fut une tentative malheureuse pour ramener à une règle générale tous les cas de conflits.

Pour qu'elle fut vraie, il aurait fallu limiter la doctrine des statuts : faire dépendre du statut personnel seulement les lois qui ont pour objet la condition, l'état et la capacité des personnes ; du statut réel, seulement les lois qui ont pour objet direct et unique les choses, les immeubles.

C'est ce que l'on fait de nos jours, dans la doctrine ; car les codes ont, pour la plupart et notamment notre code civil dans son article 3, conservé et consacré la théorie des statuts telle que nous venons de l'exposer. La doctrine travaille à la restreindre à ses véritables limites. Cette théorie a dès lors besoin d'être complétée.

7. — Les personnes et les choses sont loin, en effet, d'absorber tous les problèmes qui surgissent dans les conflits de lois. Il y a tous les faits juridiques. Malgré leur infinie variété, il est possible de les ramener à un certain nombre de catégories qui réclament des régles spéciales. Le type servant le plus naturellement de base à ces distinctions se trouve dans la volonté des parties intéressées. De là est venu ce qu'on appelle le statut d'autonomie.

La loi que l'on devra appliquer, ce sera celle désignée et voulue par les parties. Nous verrons, dans la suite de cette étude, que le contrat de mariage dépend du statut d'autonomie.

Enfin, pour être complet, nous devons rappeler qu'en ce qui concerne la forme des actes, la règle *locus regit actum* est admise de temps immémorial. La nécessité l'a fait adopter par tous. Cette règle rentrait dans les statuts mixtes.

Par la force des choses et sous l'influence des glossateurs, la distinction entre le statut réel et le statut personnel avait fini

par triompher, mais le champ d'application de ce dernier avait été aussi étroitement limité que possible. On était imbu de cette idée que, chaque état devant rester maître absolu chez lui, admettre l'application d'une loi étrangère sur son territoire, c'était porter atteinte à son indépendance. Aussi toutes les préférences étaient pour le statut réel. On s'efforçait sans cesse de le faire prévaloir, on lui demandait la solution de la plupart des questions douteuses.

8. — L'influence de cette théorie se fait encore sentir de nos jours, et on peut dire qu'elle n'est pas heureuse ; nous aurons lieu de le constater. Quoiqu'il en soit, elle a imposé sa terminologie. Aujourd'hui on dit encore d'une loi qu'elle est réelle ou personnelle suivant qu'elle est exclusivement territoriale, ou qu'elle étend au contraire son empire au-delà des frontières de l'état où elle est édictée. Nous conserverons donc ces termes avec ce sens précis. Nous dirons donc d'une loi qu'elle est personnelle quand elle devra s'appliquer en quelque lieu que ce soit, bien que, en réalité, elle ne dépende pas du statut personnel. A l'inverse nous dirons d'une loi, qu'elle est réelle, si elle ne doit recevoir d'application que dans les limites d'un territoire donné, et quoique ne rentrant pas dans le statut réel.

III. — LA FAMOSISSIMA QUÆSTIO.

9. — La théorie des statuts connue et la tendance réaliste des auteurs indiquée, il est facile de comprendre comment éclatât le conflit qui mit aux prises Dumoulin et d'Argentré, Basnage et le président Bouhier.

« Toute coutume est réelle ; » tel est le principe qui domine au moyen âge et dans les temps modernes, même après l'invention de la théorie des statuts. Il veut dire que toute coutume est souveraine sur son territoire, qu'elle ne doit avoir aucune influence en dehors de lui. Ce principe est sans cesse invoqué quand il s'agit de trancher un conflit entre deux coutumes, entre deux lois. Il rend des plus pénibles et des plus difficiles l'acclimatation en France de la doctrine des statuts.

Au seizième siècle Dumoulin posait encore comme règle que toute coutume est réelle. Cependant le grand jurisconsulte donnait à la personnalité des statuts une importance et une étendue qu'elle n'avait pas eues dans l'école des glossateurs.

C'est lui qui fut consulté le premier sur le point de savoir de quel statut dépendaient les conventions matrimoniales. Pour indiquer l'intérêt de la question, rappelons que les diverses coutumes, comme aujourd'hui, les diverses législations, n'admettaient pas un régime légal uniforme : ainsi la coutume de Paris reconnaissait comme régime légal la communauté de biens entre époux, tandis qu'en Normandie ce régime était interdit; la coutume y substituait un régime analogue à notre régime sans communauté. Dans les pays du Midi, où le droit romain avait prévalu, le régime usuel était le régime dotal.

Un individu, en se mariant, et possédant des biens dans le ressort de plusieurs coutumes, adopte le régime de communauté, ou même domicilié à Paris, se marie sans rédiger de contrat : quel était l'effet de ce contrat ou de son mariage sur les biens qu'il avait dans le ressort d'une autre coutume, en Normandie, par exemple ?

10. — A cette question Dumoulin répondit que les conventions matrimoniales dépendaient du statut personnel, en ce sens qu'elles étendaient leur empire sur tous les biens des époux, même sur ceux qui étaient situés dans une autre coutume. Les conventions des parties dépendent de leur volonté, et la volonté de l'homme ne connaît pas les limites d'un territoire. Dumoulin adopte la même solution dans le cas même où il n'a pas été rédigé de contrat. Les époux, en se mariant sans faire de conventions, ont tacitement adopté le régime établi par la coutume. C'est une convention tacite, et les conventions tacites sont de la même nature que les conventions expresses; c'est toujours la volonté des époux qui domine.

Dumoulin se heurtait aux prétentions des parlements et à la souveraineté des coutumes. Aussi s'attira-t-il une violente réponse de d'Argentré, jurisconsulte breton, partisan passionné de la réalité des coutumes.

Ce dernier admet bien que lorsqu'un contrat de mariage a été rédigé, la question de la réalité est hors de cause. On doit, dans ce cas, ne tenir compte que de l'intenion et de la volonté des parties qui peuvent étendre leurs effets hors de la Normandie aussi bien que hors de l'Ile-de-France.

Mais sur la question du régime légal, d'Argentré combattit vivement l'opinion de Dumoulin. Quand les époux se marient sans contrat, dit-il, ils s'en rapportent à la coutume, ils veulent qu'elle leur tienne lieu de contrat; ils doivent donc l'accepter avec le caractère qui lui est propre. Or, il est de l'essence des coutumes d'être réelles; toutes puissantes dans leur territoire, elles n'ont aucune autorité hors de ce territoire. Le régime légal dépend donc du statut réel; il est réel comme la coutume qui le fait naître.

D'Argentré apporte encore une autre restriction à la théorie de Dumoulin, à propos des contrats exprès. Il soustrait à leur action les biens situés dans une coutume prohibitive. Il n'admet pas que les biens de Normandie puissent devenir communs en vertu d'un contrat rédigé à Paris et portant adoption du régime de communauté. C'est un peu mettre la femme à la discrétion du mari et permettre à ce dernier d'éluder comme il veut les stipulations portées au contrat de mariage.

Basnage adopte cette même théorie.

11. — Après Dumoulin et d'Argentré, la lutte continue très vive de part et d'autre. Dans l'intervalle, la jurisprudence s'était prononcée et, par de nombreux arrêts, avait admis et consacré la doctrine de Dumoulin. La plupart des auteurs inclinaient aussi en ce sens.

Guy Coquille fut un des partisans déclarés du système de Dumoulin et poussa la doctrine et la personnalité un peu plus loin que ce dernier. « La volonté, qui est libre en vertu de la coutume, doit être libre partout, » proclame-t-il; malheureusement dans la pratique il méconnait absolument le principe par lui posé, en déclarant que la volonté emprunte toute sa force au seul effet de la loi.

Froland, plein d'un saint respect pour les coutumes, adopte pourtant la manière de voir de Dumoulin. « Le statut qui regarde « la communauté de biens entre mari et femme, — dit-il, — et « auquel les conjoints se sont expressément ou tacitement asser- « vis ne saurait être considéré que comme un statut *personnel*. « Proposition d'une part; acceptation de l'autre, convention « entre les parties contractantes et leurs deux familles; il n'y a « là rien qui ne soit personnel et qui ne mérite d'être exécuté « dans toute son étendue, la faveur du contrat de mariage, qui « est le plus sacré de tous les actes qui se font dans la société « civile, ce qu'on doit à ses engagements, la bonne foi, l'honneur « et l'équité le demandent ; et quand il se formeraient un combat « entre la coutume de la situation des conquêts et celle du lieu « où les engagements ont été formés, et où la célébration du « mariage a été faite, nulle difficulté que celle-ci doit l'em- « porter sur l'autre, parce que la disposition de l'homme est « plus noble que la disposition de la loi et doit avoir la « préférence (1). »

Malgré la fermeté et la netteté de ce passage, Froland n'est pas toujours aussi affirmatif. Il a des hésitations, il est perplexe. Il écrit, en parlant de la thèse de d'Argentré : « Quoiqu'on put « défendre cette opinion par beaucoup d'exemples et d'autorités, « il faut cependant convenir que celle de M. Charles Du Molin a « prévalu, et que depuis longtemps on vit au palais dans cet « usage de donner à la femme, mariée à Paris sous le régime de « la communauté, part dans tous les conquêts sans examiner « leur situation (2). » A ses yeux, en effet, il y a une autorité plus grande que celle de la volonté des parties, c'est l'autorité de la loi. Pour lui, dans cette question, le magistrat devrait se demander s'il a été au pouvoir des époux de faire « des stipula- « tions telles qu'il leur a plu par rapport à leurs intérêts, et « *capables de renverser les sacrées dispositions de nos coutu-*

(1) Froland, mém. t. I, pp. 92 et 93.

(2) *Ibid.* p. 194.

« *mes* (1). » Mais la jurisprudence l'emporte sur les *sacrées coutumes*, et c'est là le motif, — il ne nous le laisse pas ignorer, — qui entraîne Froland à adopter la théorie de Dumoulin. Ses préférences étaient pour la réalité et il est loin d'imposer sa manière de voir : « Comme il est bien difficile de concilier « ensemble la jurisprudence des arrêts, l'usage et le sentiment « des auteurs, un chacun aura la liberté de s'expliquer sur la « matière comme il lui plaira sans qu'on y doive trouver la « moindre chose à redire. »

12. — Boullenois admet aussi la solution de Dumoulin, mais par d'autres motifs : « Quand une coutume, — écrit-il, — dit qu'il « y aura communauté de biens ou qu'il n'y en aura pas entre « conjoints ; elle veut certainement fixer l'état et la condition des « conjoints; elle veut dans le premier cas qu'ils soient associés « en biens, et cela perpétuellement et tout le reste de leurs « jours ; et dans le second, elle veut que quoique destinés à « vivre ensemble pendant toute leur vie, il n'y ait jamais entre « eux aucune société de biens; et cette manière de vivre ainsi « entre gens unis à perpétuité par les liens du mariage, me « paraît former entre eux un état et une condition qui les affec- « tent et qui sont inséparables de leurs personnes, et c'est « véritablement le cas de dire que la coutume regarde la per- « sonne et non la chose acquise (2). » L'expédient n'est pas heureux. Ce qui arrête Boullenois, c'est la tradition séculaire de la réalité des coutumes. Elles étaient souveraines et les légistes craignaient de toucher à leur autorité.

Bouhier, président du parlement de Bourgogne, pose nettement la question. Partisan décidé du principe de personnalité, il n'a pas les hésitations de Froland, ni les scrupules de Boullenois. Il montre que le principe fondamental en la matière est « la liberté « de se soumettre, en se mariant, à telle coutume qu'on le juge « à propos, quoique ce ne soit pas celle du domicile des contrac-

(1) Froland, *loc. cit.* p. 196.

(2) Boullenois, *de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, pp. 737 et s.

« tants, ou du moins de l'un d'eux (1) ; » et que le régime légal n'est que le régime usuel codifié pour la plus grande commodité des parties ; dès lors ce régime doit régir tous les biens des époux, comme s'il avait été stipulé par contrat : « Comme les « conventions expresses sont personnelles, en ce sens qu'elles « ont leur exécution sur tous les biens des contractants, « qu'elle que soit leur situation, il en doit être de même des « statuts qui supposent ces sortes de conventions, comme si « elles avaient été réellement faites (2). »

Il y avait encore des opposants : les légistes belges, Everard, président du conseil de Malines, Peck, Paul Voet, Vander Muelen. Des provinces entières restaient attachées à la doctrine tradictionnelle, la Bretagne, la Normandie, la Belgique, les Provinces-Unies.

La plupart des tribunaux avaient, au contraire, adopté la manière de voir de Dumoulin, et M. de Lamoignon, dans ses arrêtés, en avait voulu faire une loi générale du royaume : « Quand il y a communauté de biens entre le mari et la femme y « entreront les acquisitions faites dans les lieux où la commu- « nauté n'est pas reçue. »

Pothier vint enfin, avec sa grande autorité, jeter dans la balance le poids de sa parole. Il adopte l'opinion de Dumoulin. Le régime légal est un statut personnel, parcequ'il a pour objet immédiat de régler les conventions que les personnes soumises à la coutume, à raison du domicile qu'elles ont sur son territoire, sont censées avoir faites en se mariant sur la communauté de biens (3).

C'est cette idée de l'intention présumée des parties, idée dont Pothier, pas plus que ses devanciers, n'a compris toute la portée, qui a fait naître ce qu'on appelle de nos jours le statut d'autonomie, et qui nous servira de guide dans notre étude.

(1) Bouhier, *observ. sur la coutume de Bourgogne.*

(2) *Ibid.*

(3) Pothier, *traité de la Comm.*, art. prél.

Tel est le dernier état de la *famosissima quæstio* dans la doctrine française. Mais la discussion devait sortir et sortit en effet de France.

13. — La cour de Brabant s'étant prononcée pour la réalité du statut de communauté, un légiste belge, Stokmans, critiqua vivement cette décision. Vander Muelen, conseiller à cette cour, prit la défense de la décision rendue, dans une dissertation sur la *famosissima quæstio*. Il s'efforce de démontrer que la communauté procède, non des conventions matrimoniales que font les époux, mais du statut qui l'établit. C'est la thèse de d'Argentré.

Il fut combattu par Jean Voet, cependant partisan déclaré de la réalité. Ce dernier ne voulait même pas admettre un statut personnel, si ce n'est par courtoisie. Jean Voet soutint d'abord l'opinion de Vander Muelen. Il changea ensuite d'avis sur cette question, non parcequ'il en venait à admettre un statut personnel, mais par ce que, avec son sens droit, sa perspicacité juridique, il comprit que la personnalité ou la réalité des statuts n'étaient pas en cause dans la question que l'on débattait depuis des siècles.

14. — Jean Voet a trouvé le vrai nœud de la question. Peut-on, par une convention, déroger aux dispositions d'un statut local? Voilà comment il pose la question, et le problème apparaît sous un jour tout nouveau. Il met en lumière le libre exercice de la volonté faisant en quelque sorte la loi contre la loi. Jean Voet a soin toutefois d'établir une distinction entre les lois qui intéressent l'ordre public, les bonnes mœurs, et celles qui n'ont trait qu'à un intérêt privé, *et alia quæ primario privatorum jus, commodum ac favorem concernunt*. Les premières ne peuvent être modifiées par une volonté particulière, le contraire a lieu pour les secondes. Il distingue également les dispositions prohibitives de celles qui n'ont pas ce caractère; ces dernières, la volonté privée peut les modifier, les écarter même, et cela d'une façon souveraine. C'est bien là la véritable autonomie.

Cette puissance de la volonté exprimée ne peut être diminuée, changée, atteinte dans sa souveraineté, parce qu'on se trouve

en présence d'une volonté tacite ou présumée. Et Jean Voet cite de nombreux cas où la loi admet qu'il y a convention, concours de volontés, quoique la volonté des parties ne soit pas exprimée. Cette convention tacite, une fois constatée, recevra son effet partout. En matière de communauté, les parties sont présumées se référer à la loi de leur domicile par cela même qu'elles ne s'en réfèrent à aucune autre, *eo quod si aliud voluisset in contrahendo potuisset nominatim pascisci.*

15. — Nous arrêtons là cette étude historique. On voit que la théorie de Dumoulin avait universellement triomphé dans la doctrine et la jurisprudence. Jean Voet découvre le principe vrai applicable à la matière : c'est l'autonomie. Mais timidement ébauchée, perdue dans le cadre trop vaste d'un commentaire sur les Pandectes, elle porta peu de fruits et ne paraît pas avoir été aperçue par les jurisconsultes français.

Le régime de communauté, ou mieux, le régime matrimonial dépend donc, pour parler l'ancien langage, du statut personnel. En France ce statut était déterminé par le domicile des parties. Entre le domicile de la femme et celui du mari, on avait choisi celui du mari; dès le mariage célébré, il devient celui de la femme; elle est présumée se soumettre aux lois du domicile de son mari. C'était là une présomption universellement admise. Cependant Pothier admet que, si, au moment du mariage, le mari avait dessein de fixer son domicile en un autre lieu, la loi de ce nouveau domicile doit l'emporter. Dumoulin avait déjà d'ailleurs indiqué cette dérogation possible au statut du domicile du mari, et plusieurs cours de justice l'avaient consacrée.

IV. — POSITION DE LA QUESTION DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

16. — Malgré le titre donné à notre étude, ce serait une erreur de croire que notre matière sort des principes du droit civil. En réalité, c'est bien une question de droit civil que nous allons traiter, mais à laquelle vient s'ajouter un élément nouveau,

négligé jusqu'à ces dernières années : le conflit avec les législations étrangères. Ce sera là la note caractéristique qui distinguera notre sujet des questions de droit civil pur.

Les questions que soulève le conflit des lois sont toujours fort complexes, d'une solution très délicate. La multiplicité, la diversité des législations en matière de régimes matrimoniaux rendent encore le problème plus difficile. Toutes les législations, en effet, s'occupent du régime des biens entre époux. Il faut régler leurs rapports pécuniaires; comment chacun d'eux contribuera aux frais communs. La femme perd une partie de son indépendance : conservera-t-elle l'administration de son patrimoine? les deux patrimoines se confondront-ils en un commun, ou resteront-ils distincts. Ces questions ont été diversement résolues suivant le tempérament de chaque peuple.

17. — Supposons un mariage fait à l'étranger ou entre étrangers : deux français se marient à l'étranger, ou encore, un français épouse une italienne et le mariage est célébré en Suisse. Quelle loi déterminera la capacité des époux, les formes du contrat, régira ce contrat, ou s'il n'en a pas été fait, établira le régime des biens entre les conjoints? Sera-ce la loi française, italienne ou Suisse ?

Quand des français se sont mariés en France, ils sont en principe soumis à la loi française. Cependant, même en ce cas, il se présente une question de droit international privé, s'ils possèdent des biens à l'étranger. Quelle sera la loi applicable à ces biens ?

18. — La solution de toutes ces questions présente de graves difficultés, au milieu de nombreuses divergences d'opinions. En présence de ces sentiments si opposés, Story, comme Froland déjà, arrive à cette conclusion désespérante : il n'y a pas de principes certains dans notre science. Ce serait dire que notre science est une chimère. Story n'a pas réfléchi que cette incertitude vient de la théorie des statuts. Beaucoup d'auteurs voudraient conserver cette doctrine avec sa généralité excessive, au lieu de la ramener à ses limites vraies et naturelles. On

subit l'influence de la tradition dont on ne peut arriver à se débarasser.

Aussi, dans cette étude, laisserons-nous de côté la tradition importune pour ne nous attacher qu'aux principes rationnels qui doivent régir la matière du contrat de mariage, sans pourtant négliger les leçons des siècles passés.

19. — Nous rechercherons d'abord quelle loi fixera la capacité des parties qui veulent faire un contrat de mariage, et les formes de ce contrat. Ce sont là deux points que nous traiterons brièvement, parce qu'ils empruntent leurs principes à d'autres matières.

Nous aborderons ensuite la question capitale de notre sujet : quelle est la loi applicable au contrat de mariage considéré au point de vue du régime de biens qu'il établit entre époux ? Ce sera la partie la plus importante de notre travail, parce qu'elle est régie par des règles spéciales et qui lui sont propres.

Tout problème de droit international privé soulève deux questions : quelle loi doit s'appliquer d'après les diverses législations ou jurisprudences ? quelle loi devrait s'appliquer rationnellement ? C'est la marche que nous suivrons.

Comme nous voulons nous placer surtout sur le terrain du droit français, c'est à l'aide des principes admis par notre législation ou notre jurisprudence que nous résoudrons les questions qui vont se présenter à nos investigations. Nous indiquerons ensuite les solutions admises par les principales législations et jurisprudences étrangères. Et enfin nous nous demanderons quelle devrait être la solution rationnelle, au cas où les législations et jurisprudences s'en écarteraient.

Avant d'aborder l'intime même de notre sujet, nous croyons devoir donner un aperçu des régimes de biens entre époux admis par les diverses législations. Leur variété démontrera, s'il était besoin, l'importance des matières que nous allons traiter.

Cet aperçu fera l'objet de notre premier chapitre.

CHAPITRE I

DES RÉGIMES DE BIENS ENTRE ÉPOUX ADMIS PAR LES DIVERSES LÉGISLATIONS.

20. — Les législations de l'Europe se sont formées sous l'influence de deux courants bien distincts, et la lutte entamée entre les deux races, latine et germanique, pour se partager le continent, s'est perpétuée, après la paix faite, sur le terrain du droit. Comme la race germanique avait disputé l'empire du monde à la race latine, de même le droit germanique a disputé au droit romain l'empire des législations.

De cette rivalité, tantôt sanglante et tantôt pacifique, de l'élément latin et de l'élément germain, sont sorties les diverses législations. Les unes sont restées purement germaniques, les autres purement romaines ; d'autres enfin ont fusionné les deux droits dont elles ont conservé des empreintes profondes.

Quand nous disons que les législations s'en sont tenues soit au droit germanique, soit au droit romain, il ne faudrait pas prendre ces termes à la lettre. Comme le montre M. Glasson, aucune législation n'est restée absolument étrangère au droit qui ne lui a pas servi de base : « Les nations les plus attachées à « leurs coutumes anciennes ont subi, dans certains cas, l'influence « romaine ; c'est ce qui a eu lieu en Angleterre. A l'inverse, les « pays de droit romain par excellence, comme l'Italie, se sont « approprié des coutumes germaniques (1). »

Nous diviserons cette étude de droit comparé en cinq sections et nous parcourrons successivement les pays où domine l'élément romain, ceux où domine l'élément germanique et les pays de fusion. Nous croyons enfin devoir faire une place à part au droit anglo-américain et au droit russe ; chacun d'eux fera l'objet d'une section.

(1) Glasson, *Mariage civ. et divorce*, p. 6.

Pour rendre nos explications plus claires et plus brèves, nous prendrons pour base et type de comparaison le droit français; nous allons l'exposer séparément.

DROIT FRANÇAIS.

21. — Jusqu'à la fin du dix-huitième siècle, la France était divisée en pays de droit écrit et en pays de coutumes.

Dans les pays de droit écrit on suivait le droit romain, c'est-à-dire qu'on adoptait le régime dotal. Le patrimoine de la femme était divisé en deux parts : l'une, la dot proprement dite, était inaliénable; le mari en avait l'administration et la jouissance exclusives ; — l'autre, qui comprenait les biens paraphernaux, restait entre les mains de la femme qui l'administrait et en avait la jouissance. A la dissolution du mariage, le mari devait restituer la dot ; cette restitution était garantie par une hypothèque légale qui grevait tous ses biens. La femme survivante avait le plus souvent un gain de survie, l'augment de dot; c'était un droit d'usufruit que lui donnait la loi ou la convention sur la moitié de la fortune de son mari. Ce régime était suivi dans le Midi.

Dans le Nord, pays de droit coutumier, un principe, absolument opposé à la théorie du droit romain, s'était développé sous la double influence du droit germanique et du Christianisme : c'était le principe de l'association des époux, la participation de la femme à la bonne comme à la mauvaise fortune du mari : « Les premiers linéaments de cette communauté se rencontrent « dans les anciennes coutumes germaniques. Ces coutumes « plaçaient la femme sous la garde ou tutelle (*mundium*) du « mari, auquel elles conféraient avec la saisine (*gewere*) et « l'administration de toute la fortune de cette dernière, la libre « disposition de ses meubles, à la charge du paiement des « dettes (1). »

(1) Aubry et Bau, t. V, § 497, p. 214 (4e édit.). C'est toujours à cette édition que nous renvoyons.

Il serait trop long, et d'ailleurs il n'entre pas dans le cadre de notre sujet, de raconter comment ce système, développé dans la classe roturière, pénétra dans les classes nobles, mais avec ce tempérament : le droit pour la femme de renoncer à la communauté et de se soustraire ainsi au paiement des dettes trop considérables contractées par le mari et, le plus ordinairement, nécessitées par des frais d'équipement militaire, de réceptions, de représentation, etc.

Ce régime constituait le droit commun pour la plus grande partie de la France du nord et du centre. Cependant la coutume de Normandie interdisait toute communauté, même conventionnelle, et admettait une sorte de régime sans communauté.

En général, les époux pouvaient déroger au régime légal. Presque partout aussi la femme survivante avait un douaire, dérivation de l'ancienne *morgengabe*. Il consistait en un usufruit sur une part des biens du mari, mais non en propriété, en vertu de l'adage : « Jamais mari ne paya douaire (1). »

22. — Telle est la situation que trouva le législateur de 1804. Il conserva les divers régimes existants et choisit, pour régime légal, la communauté. On lui a reproché, avec raison, suivant nous, de n'avoir pas rétabli le douaire, ou, tout au moins, donné un droit successoral à l'époux survivant. Hâtons-nous de dire que cette omission va, nous l'espérons, prochainement disparaître. Un projet de loi en ce sens a été soumis à la Chambre des députés et une commission, favorable à son adoption, a été nommée pour l'étudier.

Exposons maintenant les divers régimes matrimoniaux admis par notre code civil.

A. — Régimes de communauté.

23. — Le régime légal est la communauté des meubles et des acquêts.

(1) M. d'Olivenona, *origine et développement de la communauté des biens entre époux*. — Revue de dr. franc. et étrang., t. XI, p. 292.

Sous ce régime on distingue trois patrimoines, celui de chacun des époux et le patrimoine de la communauté.

Ce dernier se compose activement : 1° du mobilier présent et futur des époux; 2° des revenus des propres; des fruits, intérêts et revenus; 3° des conquêts immeubles.

Chaque époux conserve comme patrimoine propre ses biens immeubles actuels et ceux qui lui adviennent par donation ou succession. La communauté a sur eux un droit d'usufruit. En cas d'aliénation d'un de ces immeubles, la valeur demeure propre à l'époux propriétaire et la communauté lui en doit récompense. Il est de principe qu'aucun des trois patrimoines ne peut s'enrichir aux dépens des autres. La restitution n'a évidemment pas lieu au cas de remploi.

24. — Le passif de la communauté comprend toutes les dettes mobilières présentes des époux; les dettes relatives aux successions et donations mobilières qui leur échoient durant le mariage; les dettes usufructuaires relatives aux propres, enfin les dettes contractées pour l'administration des biens communs et l'entretien du ménage. Il est certaines dettes que la communauté ne paie qu'à charge de récompense, d'autres qui ne sont à son passif ni quant à la contribution, ni quant à la poursuite des créanciers.

25. — Le mari est *seigneur* et *maître* de la communauté. Il en administre les biens qu'il peut aliéner, hypothéquer sans le concours de la femme (1421 civ.). Il ne peut toutefois en disposer seul à titre gratuit, si ce n'est des meubles pris individuellement.

Le mari administre également les biens de la femme. Mais avec des pouvoirs biens moins étendus. Il ne peut consentir des baux d'une durée de plus de neuf années. Il ne peut aliéner les biens immeubles de la femme sans son consentement.

26. — La communauté se dissout : 1° par la mort de l'un des conjoints; 2° par le divorce; 3° par la séparation de biens principale ou accessoire à une séparation de corps. La séparation de biens et le divorce ne peuvent être prononcés que par les tribu-

naux. La communauté ne peut survivre de la dissolution du mariage.

La femme peut renoncer à la communauté. Si elle l'accepte, elle n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument.

27. — Les parties peuvent modifier ce régime : réduire la communauté aux acquêts, en exclure le mobilier, ou, au contraire, y faire tomber des immeubles (ameublissement); établir la séparation des dettes; stipuler la communauté universelle ; un préciput, des parts inégales, la reprise pour la femme de l'apport franc et quitte.

On peut également adopter l'un des autres régimes que nous allons exposer.

B. — Régime sans communauté.

28. — Sous ce régime le mari a l'administration et la jouissance des biens de la femme comme des siens propres. Il est tenu de toutes les charges de l'usufruit. Chaque époux conserve d'ailleurs la propriété de ses biens qu'il reprend à la dissolution du mariage. Toutes les économies que le mari réalise dans son administration lui appartiennent.

Toutefois, la jurisprudence laisse à la femme les produits de son industrie personnelle. La femme peut se réserver la jouissance et l'administration d'une partie de ses biens.

C. — Régime de la séparation de biens.

29. — Les deux patrimoines restent séparés quant à la propriété, à l'administration et à la jouissance. La femme gère sa fortune tant mobilière qu'immobilière, touche ses revenus seule et sans autorisation. Elle contribue aux charges du ménage suivant les stipulations du contrat, et, s'il n'y a pas eu de stipulation à ce sujet, dans la proportion du tiers de ses revenus. Pour aliéner ses immeubles et ester en justice l'autorisation

maritale lui est nécessaire. Si la femme a laissé son mari administrer, ce dernier n'est tenu à la dissolution du mariage, qu'à la représentation des fruits existants.

D. — Régime dotal.

30. — « Le régime dotal est un régime qui, de sa nature, « exclut toute idée de société de biens entre les époux. Il se « distingue des autres régimes matrimoniaux par le caractère « particulier des pouvoirs et des droits attribués au mari sur les « biens dotaux et par l'inaliénabilité dont ces biens sont frappés « en principe (1). »

Les biens de la femme sont ou dotaux ou paraphernaux. Sont dotaux ceux qu'elle s'est constitué tels; tous les autres sont paraphernaux.

31. — Les biens dotaux sont inaliénables. Le mari en a l'administration et la jouissance. Son administration est très étendue : elle va jusqu'à pouvoir exercer les actions pétitoires et y défendre. Bien mieux, la femme est sans qualité, même avec l'autorisation du mari, pour exercer les actions dotales; ce pouvoir est exclusivement attaché à la personne du mari.

Sur les meubles dotaux le mari a un droit de quasi-usufruit.

La femme conserve la nue propriété de ses biens. Elle ne peut autoriser le mari à les aliéner; elle ne peut pas non plus consentir des obligations engageant sa dot même mobilière.

Les biens dotaux sont imprescriptibles durant le mariage, à moins que la prescription n'ait commencé avant sa célébration, ou que la femme, par la séparation de biens, n'ait recouvré l'exercice des actions dotales. Encore faut-il, dans ce dernier cas, que l'action ne puisse réfléchir contre le mari, sans quoi la prescription resterait suspendue.

Il est certains cas ou les biens dotaux peuvent être aliénés; le code civil les a limitativement déterminés.

(1) Aubry et Bran., t. V, § 533, p. 521.

32. — Tous les biens que la femme ne s'est pas constitués en dot sont paraphernaux. Elle les administre, en touche les revenus absolument comme sous le régime de la séparation de biens. Ils sont aliénables et prescriptibles. Si tous les biens de la femme étaient paraphernaux, et si le contrat de mariage ne fixait pas la proportion dans laquelle elle devrait concourir aux charges du ménage, elle serait tenue d'y contribuer jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus.

Si la femme avait laissé à son mari l'administration de ses biens paraphernaux, celui-ci, comme sous le régime de la séparation de biens, ne serait tenu, à la dissolution du mariage ou à la première demande de la femme, qu'à la représentation des fruits existants.

Les époux peuvent apporter des exceptions au principe de l'inaliénabilité des biens dotaux et en permettre l'aliénation à telles conditions qu'il leur plaira stipuler.

Tel est, en résumé, le droit français en matière de contrat de mariage. Ces explications nous permettront d'être moins long dans l'exposé des divers régimes admis par les autres législations. Nous nous contenterons d'indiquer ce qui les différencie du système français.

SECTION I

PAYS DE DROIT ROMAIN.

33. — Rappelons rapidement les caractères du régime dotal en droit romain. Trois principaux distinguent ce régime de tous autres.

Le premier caractère du régime dotal, c'est pour le mari l'obligation de restituer la dot à la dissolution du mariage. On sait que cette obligation n'a pas toujours existé. Dans le principe la dot devenait la propriété définitive du mari. Si le mariage avait été fait avec *conventio in manum*, la femme trouvait une compensation à la perte de la dot, dans le droit éventuel qu'elle acquérait à la succession de son mari ; elle était pour lui *loco filiæ*. Dans le cas contraire, elle perdait sa dot sans compensation. Toutefois

l'usage introduisit l'obligation pour le mari de laisser à sa femme ou sa dot, ou un legs qui la mit à l'abri du besoin. La fréquence des divorces amena l'obligation de restituer.

Mais cette restitution est imposée afin de permettre à la femme de se remarier; aussi lorsque la dot sera adventice, c'est-à-dire constituée par toute autre personne que le père de la femme et que celle-ci mourra la première, le mari gardera la dot. Quand elle a été constituée par le père, le mari doit restituer la dot afin que le père n'ait pas à pleurer tout à la fois la perte de sa fille et de son argent.

Justinien rendit dans tous les cas obligatoire la restitution de la dot.

Le second caractère du régime dotal est l'inaliénabilité de la dot. Il découle du premier : pour que la femme puisse se remarier, il faut qu'elle puisse retrouver sa dot, et la reprendre même aux mains des tiers à qui le mari l'aurait aliénée. Cependant la femme pouvait autoriser cette aliénation. Mais Justinien supprima ce droit.

Le troisième caractère du régime dotal est l'absence complète de communauté de biens entre les époux. Le mari administre la dot, en jouit seul, seul bénéficie de ses économies, comme aussi seul il supporte ses dettes.

Les biens que la femme ne s'est pas constitués en dot restent aliénables. Elle en conserve l'administration et la jouissance à l'exlusion du mari. Ces biens sont dits paraphernaux, παρα φερνης, *extra dotem*.

Le droit romain ne connut pas d'autre régime. Certains auteurs ont voulu voir dans la *manus* une sorte de communauté universelle, et dans l'absence de *conventio in manum* une séparation de biens. Cette manière de voir est peut-être ingénieuse, mais inadmissible. Rien dans les textes ne la justifient.

§ I. — **Italie.**

34. — Régie pendant de longs siècles par le droit romain, l'Italie n'a pas voulu abandonner d'aussi anciennes traditions,

ancrées en quelque sorte dans le pays. Le code italien adopte le régime dotal, mais il a su tempérer la rigueur du vieux système romain.

La loi italienne n'admet que deux régimes : le régime dotal et le régime de la société d'acquêts. Les époux peuvent les joindre l'un à l'autre; mais il leur est défendu de stipuler une communauté plus étendue que celle des acquêts : « Il n'est pas permis « aux époux de contracter d'autre communauté universelle de « biens que celle des acquêts » (art. 1433 cod. civ.) (1). C'est un système peu large et peu libéral.

35. — Le régime dotal italien est organisé comme le nôtre. Toutefois les cas où la dot peut être aliénée pendant le mariage ne sont pas limités; les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation (art. 1405) (2). De plus, après la dissolution du mariage on peut poursuivre sur les biens dotaux des dettes contractées pendant le mariage (art. 1407) (3). Ce qui revient à dire que la femme peut engager sa dot, mais que l'effet de ses engagements est suspendu par le mariage, disposition assurément critiquable.

36. — Le code italien n'a pas édicté de régime légal, un régime de droit commun. Cependant l'art. 1424 décidant que tous les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot sont paraphernaux, il paraît en résulter que ce sont les règles de la paraphernalité qui devront être appliquées au cas où il n'a pas été rédigé de contrat de mariage (4). Quoiqu'il en soit c'est là une lacune plus que regrettable.

§ II. — **Espagne.**

37. — Soumise à Rome pendant de longs siècles, l'Espagne en a pris les mœurs et les lois. Le développement du droit

(1) Orsier, *cod. civ, ital.* T. II, pp. 303-304.

(2) et (3) *Ibid.* p. 298.

(4) Huc, *le cod. civil, ital.* III, §§ 8, 1.

romain y a été favorisé par l'extension immense prise dans cette contrée par le droit canomique. Et, chose singulière ! le régime légal consacré par une loi foncièrement romaine, chez un peuple de race latine, se trouve être le régime de communauté d'acquêts. Deux raisons expliquent ce phénomène juridique.

Il y a d'abord la tradition gothique. Les Visigoths avaient apporté deux principes : la copropriété de famille et l'égalité des sexes. De là devait naturellement sortir le régime de communauté. Ces deux idées furent conservées et développées par les *Fueros*. L'esprit généreux et chevaleresque de la race espagnole y contribua beaucoup : « C'est une coutume bien raisonnable, « — lit-on dans un vieil auteur, — que ceux qui se donnent « l'un à l'autre ce qu'ils ont de plus excellent, c'est-à-dire leur « corps et leur âme, mettent aussi leurs biens en commun, car « la personne est bien plus précieuse que les biens (1). »

Un autre fait eut une influence considérable sur le développement de la communauté en Espagne : ce fut la découverte des Indes. L'exploitation de leurs mines, d'une fécondité incalculable, apporta un accroissement de richesse mobilière à laquelle le régime dotal s'applique plus difficilement. La communauté était le régime le plus propre à régler les rapports pécuniaires des époux et constituait pour les négociants un nouvel élément de crédit. Telles sont les deux influences qui nationalisèrent en Espagne le régime de communauté.

Le droit espagnol reconnaît donc deux régimes matrimoniaux : le régime dotal et la société d'acquêts.

A. — Régime dotal.

38. — Les pouvoirs du mari sont plus ou moins étendus suivant que la dot est ou non estimée.

Si la dot n'est pas estimée, le mari en a l'administration et la jouissance ; il doit subvenir aux charges du ménage. Il ne peut

(1) Valasco. — Gide, *de la cond. priv. de la femme*, pp. 354 et s.

disposer que des choses fongibles. A la dissolution du mariage ou à la cessation de la vie commune, il devra restituer la dot qu'il a reçue.

La dot est-elle estimée, le mari en devient propriétaire, et peut en disposer à son gré. Il n'y a d'exception que pour les immeubles dotaux inscrits comme tels sur les registres hypothécaires ; ces biens ne peuvent être aliénés que du consentement de la femme. A la dissolution du mariage, le mari doit rendre le montant de l'évaluation de la dot, évaluation qu'il pourra faire réduire si l'estimation a excédé la valeur des biens dotaux.

39. — La différence capitale qui sépare le régime dotal espagnol du régime dotal français, c'est l'*aliénabilité* de la dot. Mais la femme a le droit, chaque fois qu'une aliénation partielle ou totale a eu lieu, d'obliger son mari à lui hypothéquer quelques-uns de ses biens propres présents ou de ceux qu'il acquerra dans l'avenir.

Cette aliénabilité de la dot a conduit certains auteurs, notamment Lawrence (1), a ne voir dans le régime dotal espagnol que notre régime sans communauté. On ne peut se rallier à cette opinion (2).

La dot peut être constituée après le mariage célébré, par suite augmentée après cette époque. La constitution de dot entraîne garantie.

Les biens non constitués en dot sont paraphernaux et suivent les mêmes règles qu'en droit français.

40. — La femme a une hypothèque légale pour le recouvrement de sa dot et de ses créances dotales. La loi du 1er janvier 1871 a consacré la spécialité et la publicité même pour les hypothèques légales. L'hypothèque légale n'est donc pour la femme que le droit de demander l'inscription d'une hypothèque.

(1) Wheaton et Lawrence, *comment. sur les éléments de dr. int.* t. III, p. 453.

(2) Lehr, *éléments de droit civ. espagnol*, § 328, 8°.

Les biens grevés sont les biens mêmes apportés en dot. L'hypothèque peut aussi porter sur les biens propres du mari, en vertu d'une convention.

Le mari constitue le plus souvent à sa femme des *arras*. C'est ce que l'on appelait en France la contre-dot ou l'augment de dot. Les *arras* sont la propriété pleine et entière de la femme; ils ne peuvent être aliénés ni hypothèqués sans son consentement. Le mari les administre.

Enfin la femme peut demander la séparation de biens, si le mari compromet sa dot.

B. — Régime de communauté.

41. — C'est la communauté réduite aux acquêts, ainsi que nous l'avons déjà dit, telle qu'elle est établie en droit français. Elle est le régime légal et procède de plein droit entre les époux quand il n'y a pas dans le contrat de mariage une clause formelle l'excluant.

La femme peut, durant le mariage, renoncer à la moitié des acquêts. Dans ce cas la communauté est censée n'avoir jamais existé. Sous quel régime les époux se trouvent-ils placés ? Il est difficile de le dire. Nous avons lieu de croire que c'est le régime de la séparation de biens qui sera appliqué. Mais si la communauté d'acquêts était jointe au régime dotal, ce dernier reprendrait tout son empire et réglerait souverainement les rapports pécuniaires des conjoints.

On voit par là que le régime adopté n'a aucune fixité. C'est un très grave reproche à faire à la législation espagnole.

§ III. — **Portugal.**

42. — Dans ce pays, comme en Espagne, et pour les mêmes causes, nous trouvons comme régime légal, la communauté, non seulement la communauté d'acquêts, mais la communauté universelle. Uni pendant de longs siècles à l'Espagne, le Portugal a subi les mêmes vicissitudes tant dans sa vie politique

que dans sa vie juridique. En 1869 un code civil a été promulgué et déclaré obligatoire. Il n'en existe encore aucune traduction.

La loi portugaise, comme la législation espagnole, admet deux régimes, le régime dotal et le régime de communauté.

A. — Régime dotal.

43. — C'est le régime dotal du droit romain. La dot se constitue avant ou après le mariage. Cette constitution peut être tacite. Ainsi une veuve mariée primitivement sous le régime dotal se remarie; sans qu'il soit parlé de dot, elle se trouve soumise de nouveau au régime dotal.

A la dissolution du mariage, s'il y a des enfants, le mari conserve l'usufruit de la dot, et il n'est pas tenu à une restitution immédiate.

Les meubles dotaux ne peuvent être aliénés que du consentement de la femme; les immeubles dotaux sont frappés d'une inaliénabilité absolue.

La femme a sur les biens de son mari une hypothèque privilégiée pour assurer la restitution de sa dot.

44. — Les biens non constitués en dot sont paraphernaux. La femme peut les aliéner seule, mais ne saurait les engager pour un tiers. C'est l'application du senatus-consulte Velléien.

Sont encore propres à la femme les arrhes que lui donne son mari en reconnaissance de sa dot ou de ses qualités personnelles : *pretium virginitatis amissæ*. Le mari doit les remettre avant le mariage ; leur maximum est fixé au taux de la dot sans pouvoir excéder 4,000 *cruzades* (environ 13,000 francs). Le mari en garde l'administration et la jouissance. C'est, en somme, un simple gain de survie. Cette coutume vient de la *morgengabe* des Germains.

Une hypothèque légale, mais non privilégiée, garantit la restitution des paraphernaux.

B. — Régime de communauté.

45. — Ce régime, appelé aussi charte de moitié, *carta de metade*, parut vers le douzième siècle. S'il faut en croire M. Guay,

la communauté universelle prit naissance dans l'Estramadure et s'étendit de là dans tout le royaume sous l'influence de la conception catholique de l'égalité des époux dans le mariage.

La communauté portugaise est universelle. Elle naît de plein droit dès qu'il y a eu célébration du mariage religieux et cohabitation des époux. Par contrat, on peut la combiner avec le régime dotal ou la restreindre.

46. — C'est notre communauté universelle dans son acception la plus large. Ne restent donc en dehors de l'actif que les biens dont les époux n'ont pas la propriété pleine et entière, ou que l'ordre public en exclut. Appartiennent à la première catégorie : les majorats, les biens emphytéotiques et de fidéicommis ; à la seconde : les deux tiers de la fortune de la veuve âgée de plus de cinquante ans qui se remarie, les biens hérités de leurs enfants décédés par les père et mère qui se remarient ayant d'autres enfants frères germains des prédécédés.

47. — Les dettes communes, et on entend pas là celles contractées conjointement par les deux époux, grèvent seules la communauté. Si le mari a agi sans le consentement de la femme, la dette par lui faite ne frappe que sa part éventuelle dans la communauté.

Les immeubles communs ne peuvent être aliénés, hypothéqués, ou grevés de servitudes passives que du consentement de la femme. On voit reparaître ici l'influence du droit romain. C'est la théorie de la loi *Julia* à propos des immeubles dotaux.

La jurisprudence avait accordé à la femme une autre garantie : le droit de renoncer à la communauté. Vivement combattue par les auteurs, cette faveur a-t-elle été maintenue par le code de 1869 ? Nos recherches à ce sujet ont été infructueuses.

La communauté se dissout par la mort de l'un des époux ou l'annulation du mariage. Le partage suit les mêmes règles qu'en droit français. Les biens acquis entre la dissolution du mariage et le partage tombent dans la communauté.

48. — Les Etats latins d'Amérique, autrefois colonies de

l'Espagne ou du Portugal, ont adopté et conservé la législation de leur ancienne métropole.

Au Brésil, la législation portugaise est restée dans toute sa vigueur.

Au Mexique, au Pérou, dans la Louisianne et dans toute l'Amérique du Sud, on retrouve, en traits généraux, la législation espagnole. Presque partout le régime légal est la société d'acquêts.

§ IV. — Grèce.

49. — La Grèce est à une époque de rénovation juridique et de développement politique, et nous savons peu de choses sur sa législation.

Jusqu'à l'invasion turque, la Grèce a suivi le droit romain. Le régime matrimonial usité était et ne pouvait être que le régime dotal romain. Aucun régime analogue à notre communauté. Justinien avait bien décidé, dans sa novelle XCVII, que la dot apportée par la femme et la *donatio propter nuptias* du mari devaient être égales, confondant ainsi, comme l'a fait remarquer M. Zachariæ, le principe de l'égalité avec celui de la communauté des apports. On appelait l'ensemble de ces biens προϊκοῦποβολον.

Les princes isauriens, Léon et Constantin, dans leur *Ecloga*, établirent une communauté dont l'étendue dépendait de la fécondité du mariage. S'il y a des enfants, tous les biens des époux, dotaux ou autres, tombent dans la communauté. Elle dure jusqu'au convol de l'époux survivant ou jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants. A la dissolution de la communauté, l'époux survivant prend, outre ses biens personnels, certains gains nuptiaux assurés par la loi.

En l'absence d'enfants, le mari survivant, s'il ne convole pas, garde un quart du προϊκοῦποβολον ou patrimoine commun. Dans le même cas et toujours sous la condition de ne pas se remarier, la femme prend le προϊκοῦποβολον tout entier et une certaine portion des biens personnels du mari.

Basile le Macédonien voulut remettre en vigueur le droit de

Justinien; mais la communauté était entrée dans les mœurs, aussi les ordonnances de ses successeurs se bornèrent-elles à réglementer le montant de l'*hypobolon* (ancienne *donatio propter nuptias*), les droits de la femme qui convole en secondes noces, ceux des enfants du premier lit, le droit successoral de la veuve pauvre, à imposer à la femme survivante, au cas de continuation de la communauté avec ses enfants, l'obligation de faire inventaire, de déterminer les formes de la vente des biens dotaux. Le régime dotal et la communauté coexistent et se font de mutuels emprunts.

50. — A la suite de l'invasion turque, tout fut bouleversé. L'ancienne législation ne subsiste plus qu'à l'état de coutume et elle subit bien des influences diverses, notamment celles des Francs de la quatrième croisade. Suivant les lieux, c'est l'un ou l'autre des régimes que nous venons d'exposer qui prédomine. On retrouve la paraphernalité et l'hypothèque légale; cette dernière est restreinte à une quotité de biens dont la valeur excède d'un tiers le montant des créances.

En Valachie, le régime matrimonial est le régime dotal primitif du droit romain; en Moldavie, au contraire, c'est le régime dotal de l'empire byzantin qui a cours. Quelle influence a exercé sur la législation, la formation du royaume de Roumanie? Il est impossible de le savoir encore.

51. — La Serbie se trouve dans la même situation. Toutefois, la dotalité ne peut être établie que par contrat. A défaut de conventions, chaque époux conserve sa fortune personnelle; c'est notre séparation de biens, ou plutôt, un régime sans communauté, car le mari administre les biens de la femme, mais il doit rendre compte de sa gestion (1).

La communauté peut être stipulée par contrat. On trouve, dans ce pays, une cause spéciale de dissolution de la communauté : la faillite.

(1) Saint-Joseph, *Concordance entre les cod. civ. étrangers et le code nap.*, t. III, p. 485.

SECTION II

PAYS DE DROIT GERMANIQUE.

52. — Dans les pays que nous venons de parcourir, quoique latins de mœurs et de langage, nous avons constaté l'influence quelquefois prépondérante d'un droit contraire au droit romain, du droit germanique. C'est que l'invasion des barbares a laissé, sur tout le monde où elle s'est répandue, des traces ineffaçables. Partout où ils se fixaient, les barbares apportaient leurs coutumes et leurs usages, auxquels le principe de la personnalité donnait force obligatoire.

Suivant quels principes les barbares organisaient-ils les relations pécuniaires des époux ? Nous allons essayer de le déterminer.

Ce n'est pas dans les *leges romanæ barbarorum* qu'il faut chercher les principes du droit germanique primitif. M. Gide a démontré qu'on se tromperait étrangement en y voulant puiser les éléments de notre étude : « A l'époque où ces lois furent « rendues, — dit-il, — les Francs, les Goths, les Burgondes, « assouplis par le Christianisme, disciplinés par les rois, trans- « portés sous le ciel du midi, au sein des douceurs de la « civilisation et du luxe des cités, avaient presque oublié les « mœurs simples et rudes de leur première patrie (1). » Se trouvant en contact immédiat avec la législation romaine, ils durent forcément emprunter à cette dernière des règles dont ils n'avaient jusqu'alors aucune idée. Ces emprunts altérèrent profondément la pureté du droit germanique. Aussi leurs lois ne pourraient-elles nous fournir sur le droit germanique ancien, des données aussi précises que les codes de Scandinavie. Les peuplades restées dans les contrées septentrionales de l'Europe, avaient une origine commune des coutumes analogues ; aucun

(1) Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 250.

droit étranger n'est venu les corrompre. Toutes les invasions se sont faites du Nord au Midi, et la conquête romaine n'a jamais pu dépasser le Danube et le Rhin.

Les Scandinaves restèrent attachés à leur pays, conservant et développant leurs coutumes nationales, leur droit coutumier. Le Christianisme apporté fort tard en Suède n'eut, sur le droit, qu'une influence très secondaire. La population est demeurée germanique dans sa langue et dans ses lois.

Quelques mots sur l'organisation de la famille nous feront mieux comprendre la façon dont les Germains réglaient les intérêts pécuniaires des époux.

53. — La famille est fortement organisée. Son chef tout puissant exerce sur les membres qui la composent un pouvoir absolu dit *mundium*, analogue à la *potestas* des Romains. Il veille à leurs intérêts, administre le patrimoine commun. La copropriété de famille s'étend à toutes les acquisitions faites par chacun de ses membres.

Le mariage fonde la famille : la femme qui se marie tombe sous le *mundium* de son mari, échappant à celui de son père ou de son plus proche agnat. Cela donné, comment les lois germaniques ont-elles pu arriver à la communauté comme régime légal des biens entre époux au lieu d'aboutir au système où la personnalité juridique de la femme disparait entièrement dans celle du mari? M. D'Olivecrona, dans son *Précis historique sur l'origine et le développement de la communauté de biens entre époux* (1), a fort bien expliqué cette évolution.

La femme germaine conservait dans la famille une position plus considérable que la femme romaine; elle avait une capacité civile, des droits distincts que le mari reconnaissait et devait protéger; c'était là surtout l'objet du *mundium*. Elle prenait part aux travaux, aux fatigues de son mari; elle le suivait même à travers les périls des expéditions et des combats. Cette commu-

(1) *Revue historique de dr. franc. et étrang.* 1865, t. XI, pp. 169 et suiv. 247 et suiv. 354 et suiv.

nauté, cette égalité de vie fit naître l'idée de la communauté des acquêts, fruits du travail commun des époux. Cette idée ne pouvait que se développer dans un pays où l'unité de la famille était si fortement constituée, que tous les biens hérités étaient censés appartenir à toute la famille (1).

Il est impossible de fixer d'une façon précise l'époque à laquelle la communauté devint le régime légal des Germains. Il apparut chez les Germains du Sud plus tôt que chez les Germains du Nord, et atteignit son complet développement dans la Scandinavie.

A l'origine le futur époux paie une certaine somme pour obtenir la tradition de sa femme. Est-ce un achat ou simplement un symbole? Dans le droit primitif, ce devait être un véritable achat.

L'usage s'introduisit de faire avant le mariage un contrat réglant les conditions de l'union : somme à payer par le mari, droits de survie de la femme. L'effet du paiement à effectuer par le mari était de lui procurer le *mundium* sur sa femme. Cette somme appartint d'abord au *giftoman*, c'est-à-dire à la personne dont la femme était en puissance. Plus tard elle devint la propriété de la femme, quand on prit l'habitude de lui demander son consentement pour la marier.

La mention du prix nuptial *(witteman mundr)* finit par disparaître pour ne laisser place qu'à une dot donnée par le mari à la femme. Celle-ci l'acquiert en pleine propriété et peut la transmettre par voie héréditaire. C'est à cette dot que Tacite fait allusion quand il écrit que chez les Germains le mari dote sa femme : *Dotem non uxor marito, sed maritus uxori affert.*

C'est là qu'il faut chercher l'origine de notre douaire. Les coutumes germaniques firent de sa constitution une condition essentielle du mariage; elles établirent un douaire légal pour le cas ou les conventions matrimoniales seraient muettes à ce sujet.

(1) D'Olivecrona, *op. cit.*, pp. 250 et suiv.

A côté de la dot on trouve la *morgengabe* ou don du lendemain des noces *(pretium virginitatis)*. Pour la femme ce n'était qu'un gain de survie.

Les donations faites à la femme par ses parents restaient sa propriété exclusive. Le fait seul de la cohabitation donnait naissance aux effets légaux du mariage.

Les patrimoines restent distincts; le mari a seul l'administration et l'usufruit de tous les biens, sans que la femme puisse prétendre aucune part dans les bénéfices. De bonne heure pourtant on crut équitable de lui accorder une part dans les acquêts, fruits de son travail, et dans les revenus de ses propres. Cette institution est l'origine évidente de la communauté.

Nous allons étudier son développement dans les pays scandinaves que nous diviserons en deux groupes. Le premier comprendra l'Islande, le Danemark et la Norwège; le second, la Suède.

§ I. — Scandinavie.

1er GROUPE : ISLANDE, DANEMARK, NORWÈGE.

54. — En Danemark la communauté fut précoce; en Islande et Norwège, elle fut, au début, l'exception. Le régime qui apparaît d'abord est le régime sans communauté tel que nous l'avons en France. Toutefois le mari paie le *mundr* à sa femme.

Peu à peu on finit par accorder à cette dernière une part dans les bénéfices de l'union conjugale, part qui variait avec les divers pays. Elle faisait l'objet d'une stipulation. Jamais les reprises de la femme ne pourront nuire aux créanciers antérieurs au mariage.

La stipulation de communauté se faisait avant ou après, mais le plus souvent avant le mariage. Une règle commune dans les trois pays, prescrit aux époux, qui veulent mettre en communauté quelqu'un de leurs biens-fonds de demander le consentement de leurs héritiers présomptifs; on exigeait en outre que la convention de communauté fut publiée devant l'assemblée du

peuple ou *thing*. Cette publicité donnait force obligatoire au contrat et avait l'avantage de sauvegarder les intérêts de la famille et des tiers.

L'adoption de la communauté se généralisa à tel point qu'on finit par la sous-entendre dans les contrats qui ne l'excluaient pas formellement. Ainsi devint-elle le régime légal, et le régime exceptionnel se trouva être le régime sans communauté.

Les codes scandinaves aujourd'hui en vigueur (les codes danois, *Danske lov*, de 1683, suédois, *Norske lov*, de 1687 étendus plus tard à l'Islande) se bornent à confirmer les règles précédemment suivies.

Le contrat de mariage n'a d'autre but que de régler les droits des époux qui adoptent un régime autre que le régime légal (1). Il doit précéder le mariage sous peine de ne pouvoir être opposé aux créanciers. Le régime dotal est inconnu. Nous nous trouvons donc en présence des deux régimes de communauté et exclusif de communauté (2).

A. — Régime de communauté.

55. — En Danemark, le régime suivi est celui de la communauté légale du droit français ; en Norwège, c'est la communauté universelle.

La communauté se dissout, comme le mariage, par la mort de l'un des époux ou par le divorce. L'époux coupable perd ses gains de survie et une portion de ses droits dans la communauté.

La femme norwégienne peut se décharger des dettes nées de l'administration du mari en faisant aux créanciers abandon judiciaire des biens de la communauté.

B. — Régime exclusif de communauté.

56. — Le contrat qui adopte ce régime doit être formel et publié avant le mariage. C'est le régime sans communauté du

(1) Saint-Joseph, *op. cit.* II, p. 154.
(2) Gide, *op. cit.* p. 258.

droit français à cette différence près, que le mari, en restituant à la dissolution du mariage les biens de la femme, doit rendre également les économies que ces biens auraient pu produire (1).

57. — Sous ces deux régimes la femme peut demander la séparation de biens quand sa fortune ou celle du ménage est mise en péril. Dans ce cas les biens de la femme sont confiés au tuteur du mari, si ce dernier est mineur, ou à un tuteur nommé, en Danemark par les autorités judiciaires, en Norwège, par les autorités administratives et le tribunal de tutelle supérieure.

2me GROUPE : SUÈDE.

58. — Le régime légal de la Suède est la communauté réduite aux acquêts. Cette différence entre la législation suédoise et les autres législations scandinaves vient d'un élément nouveau que nous trouvons ici : la noblesse. La fortune, et surtout les terres sont une source incontestable d'influence. Tout tend dès lors à la concentration des biens entre les mains de quelques hommes. Cette idée a présidé à l'organisation du régime successoral et a exercé une grande influence sur la matière du contrat de mariage.

Les biens domaniaux de la noblesse sont situés à la campagne; dans les villes, on trouve une population commerçante qui a besoin de beaucoup de crédit et dont la fortune est le plus souvent en grande partie mobilière. De là l'existence en Suède de deux droits au moins jusqu'au code de Frédéric rédigé en 1734 : le droit des campagnes ou *Lands lagh*, et le droit des villes ou *Stads lagh* (2).

Le droit des villes admet la communauté universelle et attribue à la femme la moitié des biens communs. Le droit des campagnes n'admet que la société d'acquêts et ne donne à la femme qu'un tiers des biens de communauté.

Cette communauté réduite aux acquêts est tout simplement la

(1) Gide, *op. cit.*, p. 250.

(2) Saint-Joseph, *op. cit.*, III, p. 496.

communauté légale française. Elle comprend, en effet : 1° Les meubles présents et futurs et les revenus des propres; 2° les immeubles acquis pendant le mariage, mais seulement après sa consommation. Tous les autres biens restent propres : biens-fonds hérités ou acquis en remplacement des propres ; les biens patrimoniaux, les immeubles acquis par une industrie séparée ou en vertu d'un droit de retrait. Ces retraits sont très nombreux. La communauté part de la première nuit de cohabitation.

59. — Le code de 1734 ne fit qu'opérer une combinaison savante entre le droit des villes et celui des campagnes. Pour s'en convaincre, il suffit de lire le § 2 du chapitre X de ce code, modifié par la loi du 19 mai 1845 ; il est ainsi conçu : « Les « époux ont chacun un droit matrimonial (*Giftorætt*) à la moitié « des meubles et immeubles situés dans les villes ou leur terri- « toire, et à la moitié également des immeubles qu'ils acquièrent « à la campagne pendant leur mariage.

« Quant aux immeubles situés à la campagne dont l'un des « époux aurait hérité avant ou après le mariage, ou qu'il aurait « acquis antérieurement, l'autre époux n'y aura aucun droit, « mais les revenus ou cens annuel de ces biens sont classés « parmi les meubles.

« Si pendant le mariage, des biens sont échus à l'un des « conjoints par donation ou testament, à la condition qu'ils lui « appartiendront exclusivement, l'autre conjoint ne pourra y « prétendre aucun droit (1). »

On le voit, c'est la communauté universelle pour les biens situés à la ville, et la communauté réduite aux acquêts pour les biens sis à la campagne.

Ce n'est qu'exceptionnellement qu'un contrat de mariage est rédigé en Suède : « Les pactes ou contrats de mariage, — nous « dit M. d'Olivecrona, — sont assez rares en Suède ; nos mœurs « y répugnent plus ou moins et le peuple préfère se contenter de

(1) De Saint-Joseph, *op. cit.*, III, p. 506.

« la communauté légale des biens attribuant une part égale à « chacun (1). »

60. — Le mari administre seul la communauté ; il représente sa femme en justice. Il ne peut aliéner les propres de la femme sans son consentement.

La communauté se dissout avec le mariage ; le partage se fait par moitié. Les dettes de communauté sont payées sur les biens qui la composent ; s'ils sont insuffisants, sur les propres. Mais la femme ne peut être poursuivie que pour moitié de la dette, le mari peut l'être pour le tout. Toute dette personnelle est poursuivie, d'abord sur les biens propres de l'époux du débiteur, puis sur sa part dans la communauté. En cas de faillite, dès que la séparation de biens a été légalement demandée, la part de l'un des époux dans la masse ne peut être saisie pour acquitter les dettes particulières de son conjoint.

Tant que le partage n'a pas eu lieu, le veuf ne peut pas se remarier.

On peut stipuler par contrat le régime sans communauté, ou le régime de séparation de biens.

La femme a-t-elle des garanties particulières pour assurer le recouvrement de sa dot ? Nous n'avons trouvé nulle part de documents qui nous permettent de répondre à cette question.

§ 2. — **Hollande.**

61. — En Hollande, c'est également le régime de communauté qui est le régime légal. Cette communauté légale est la communauté universelle. Le contrat de mariage n'intervient que pour la limiter, soit en excluant certains biens individuels, soit en la réduisant à une société de gains et de perte qui n'est autre que notre communauté d'acquêts.

La communauté légale est fort compréhensive ; elle embrasse

(1) D'Olivecrona, *Travaux législatifs les plus importants exécutés en Suède de 1870 à 1879 ; Revue de Gand,* XV, pp. 53 à 55.

tous les biens des époux, meubles et immeubles, présents et futurs, à quelque titre qu'ils soient ou aient été acquis. Le passif correspond à l'actif.

Le mari administre avec une entière liberté ; la disposition à titre gratuit des biens de communauté lui est seule interdite.

A la dissolution du mariage, s'il n'est pas dressé d'inventaire, ni fait de partage, la communauté continue entre le conjoint survivant et les enfants.

La femme peut toujours renoncer à la communauté. Elle peut aussi demander sa séparation de biens. Elle n'a pas d'hypothèque légale; mais, par contrat, elle peut stipuler une hypothèque conventionnelle pour assurer le recouvrement de ses droits et la faire inscrire sans le consentement de son mari.

Telle est dans ses grandes lignes la loi hollandaise.

SECTION III

PAYS OU L'ÉLÉMENT ROMAIN ET L'ÉLÉMENT GERMANIQUE SE SONT FUSIONNÉS.

62. — Dans ces pays, l'étude du contrat de mariage présente de grandes difficultés. Cela tient à la multiplicité des régimes adoptés pour le règlement des intérêts pécuniaires des époux, et à la diversité des législations dans chaque état, on peut presque dire, dans chaque province de chaque état.

Cependant tous ces régimes peuvent se ramener à trois types principaux et originaires dont les autres ne sont que des modifications plus ou moins profondes. Nous allons les exposer d'abord. Cette méthode simplifiera notre étude. Nous n'aurons plus, ensuite, à signaler dans chaque pays que les changements apportés par la législation à ces divers systèmes de régimes matrimoniaux.

Ces trois régimes sont :

1° Le régime de l'union des biens *(Güterverbindung)* ;
2° Le régime de la communauté *(Gütergemeinschaft)* ;
3° Le régime dotal et de l'usufruit marital.

1° *Régime de l'union des biens.*

63. — Ce régime est purement et simplement le régime sans communauté du droit français. Les patrimoines des deux époux sont séparés au point de vue de la propriété. Le mari a l'administration de tous les biens de sa femme; il ne peut ni aliéner ni hypothéquer les immeubles de cette dernière. Il a la jouissance du patrimoine de la femme et, à la dissolution du mariage, la propriété de tous les acquêts.

Les droits de la femme sont très limités. Les dettes par elle contractées, autres que celles du ménage dont elle a la direction, sont nulles de droit. Cependant, par exception, elle a la jouissance et la libre disposition de deux sortes de biens : ses épargnes ou *spargut*, et les biens qu'elle s'est expressément réservés *vorbehaltenes Frauengut*.

Le *spargut* comprend l'épargne que la femme apporte en se mariant, argent, bijoux, objets mobiliers divers. Elle en a l'administration et jouissance et peut en disposer sans l'autorisation de son mari. — Le *vorbehaltenes frauengut* se compose des biens que la femme en se mariant s'est expressément réservés ; elle est également libre d'en disposer à sa guise.

On peut se demander pourquoi ce régime porte le nom d'*union des biens?* Il est vraiment difficile de l'expliquer sinon en constatant avec M. Lehr que sous ce régime « les biens des époux « restent distincts quant au mari et à la femme, mais forment « une masse unique vis-à-vis des tiers (1). »

2° *Régime de la communauté.*

64. — Ce régime se divise en deux groupes : le régime de la communauté universelle, *allgemeine gütergemeinschaft*, et le régime de la communauté particulière, *particulare gütergemeinschaft*.

(1) Lehr, *éléments de droit civ. germanique*, p. 332.

A. — Communauté universelle.

65. — Sous ce régime l'actif se compose de tous les biens que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage et de ceux qu'ils acquièrent par la suite. Cependant les droits qui ont un caractère absolument personnels (droits d'auteurs, usufruits, majorats, fiefs, fidéicommis) en sont exclus quant à la propriété.

Dans les pays où les mutations immobilières doivent être transcrites ou inscrites sur les registres fonciers, les immeubles propres des époux n'entrent en communauté qu'à dater de cette transcription.

Le passif correspond à l'actif.

Le mari administre la communauté avec plein pouvoir pour tous les actes à titre onéreux.

A la dissolution de la communauté qui s'opère par la mort de l'un des époux, le divorce et la séparation de biens judiciaire, mais non par la séparation de corps, elle se partage suivant des règles qui varient avec les contrées et dans l'examen desquelles il serait trop long d'entrer.

B. — Communauté particulière.

66. — Elle comprend deux variétés principales : la communauté des meubles et la communauté d'acquêts.

La première n'est autre que la communauté légale française. Toutefois, l'attribution par moitié de l'actif social n'est pas partout admise.

La communauté d'acquêts suit également les mêmes principes que la société d'acquêts admise par le droit français, avec cette particularité que la femme est tenue subsidiairement sur ses biens propres des dettes de communauté, à concurrence de la quote part qu'elle prend dans l'actif.

3° *Régimes dotal et de l'usufruit marital.*

67. — Le régime dotal est organisé avec des principes analogues à ceux du régime de la dot, dans le dernier état du droit romain. C'est un régime d'exception, on ne le rencontre que dans de rares provinces.

68. — A côté du régime dotal est né un régime qui s'en rapproche et lui a beaucoup emprunté ; c'est le régime de l'usufruit marital.

Ce système attribue au mari tous les droits et lui impose toutes les obligations d'un usufruitier sur les biens de la femme, à la charge d'entretenir cette dernière et les enfants conformément à leur condition sociale. Le mari ne doit pourtant pas fournir caution.

L'usufruit du mari est le même sur tous les biens, qu'ils soient dotaux ou paraphernaux. La femme conserve et exerce tous les droits qui ne sont pas incompatibles avec les droits de l'usufruit du mari.

Tels sont, dans leurs traits généraux, les trois principaux régimes de biens entre époux adopté par les pays dont la législation doit sa formation au droit romain et au droit germanique.

§ I. — **Allemagne.**

69. — Dans l'empire d'Allemagne nous retrouvons les trois régimes matrimoniaux que nous venons d'exposer, et avec peu de modifications.

A. — Régime de l'union des biens.

70. — C'est l'application de nos articles 1530 à 1535 du code civil. Il est le régime légal de la Prusse.

La jeune fille qui va se marier reçoit ordinairement une dot appelée *mitgift*. Elle en conserve toujours la propriété. Si le mari est absent ou incapable, la femme peut, sans avoir besoin de

recourir à l'autorisation de la justice, aliéner les meubles du ménage et même contracter des dettes. Elle peut, seule et sans autorisation, prendre une inscription hypothécaire sur les immeubles de son mari pour garantir la restitution de son apport, le paiement des indemnités et des récompenses qui peuvent lui être dues. Si le mari n'a pas d'immeubles, sa femme peut lui demander une caution, mais seulement en cas de péril de la dot. Enfin le mari peut être privé de l'administration et jouissance de l'apport de sa femme, s'il ne pourvoit pas d'une façon convenable à son entretien et à celui de ses enfants.

Dans beaucoup de provinces, l'époux survivant a un gain de survie.

Les jurisconsultes Schrœder et Von Roth appellent ce régime, *communauté d'administration*, appellation plus exacte que celle d' « Union des biens ».

B. — Communauté.

71. — C'est le régime légal de la plus grande partie de l'empire d'Allemagne; il est en vigueur dans la Poméranie, la Westphalie, dans une partie des principautés du centre, dans les provinces rhénanes, l'*Alsace-Lorraine,* le grand duché de Bade, la Bavière et le Wurtemberg, c'est-à-dire qu'il régit une population de vingt-cinq millions d'âmes.

72. — La communauté ne commence pas toujours avec le mariage. Un contrat peut n'intervenir qu'après la célébration du mariage, et alors, la communauté ne commencera qu'au jour du contrat. D'après certaines coutumes, elle ne commence que l'an et jour après le mariage, ou seulement après la naissance du premier enfant. Quand il y a changement de domicile, il y a adoption du régime de communauté s'il forme le régime légal au lieu du nouveau domicile.

Elle se dissout par la mort de l'un des époux, le divorce et la séparation de biens. La séparation de corps n'est que temporaire;

elle ne peut donc donner lieu à une liquidation de la masse.

La femme peut toujours renoncer à la communauté.

73. — La communauté est ou universelle ou réduite.

Universelle : Elle comprend tous les biens des époux, sauf les droits purement personnels, ceux qu'ils se sont réservés, ou qui leur sont échus avec la condition qu'ils n'entreraient pas en communauté, les vêtements et objets de toilette.

Le passif correspond à l'actif.

Les pouvoirs du mari sont très variables, suivant les provinces ; nous ne pouvons entrer dans une énumération.

Le partage par moitié est également loin d'être universellement admis ; il constitue même l'exception. Souvent quand il n'y a pas d'enfants, le conjoint survivant prend toute la communauté ; même quand il y a des enfants, l'attribution de la communauté entière lui est faite, mais seulement quant à l'administration et jouissance, la propriété devant revenir aux enfants. Quand il y a partage, les enfants n'ont toujours que la moitié, souvent que le tiers ou le quart de la communauté ; le reste va à l'époux survivant. Ce dernier a toujours des prélèvements légaux à faire, gains de survie, préciputs, même en cas de partage.

Réduite : C'est tantôt la communauté des meubles, c'est-à-dire la communauté légale française ; tantôt la communauté d'acquêts qui est aussi notre société d'acquêts.

C. — Régime dotal.

74. — Ce régime est peu répandu. On le trouve dans quelques provinces de la Prusse, dans le Meklembourg, et dans la Hesse. La Bavière est le royaume où il est le plus en usage.

Comme nous l'avons expliqué, il a donné naissance au régime de l'usufruit marital ; nous en avons donné les traits généraux. Il existe tel quel en Allemagne.

Sous ce régime les parents ont l'obligation de doter toute fille qui n'a pas de fortune personnelle, à moins qu'elle ne se marie contre leur gré.

Si le mari compromet les biens de la femme, elle peut demander et obtenir d'en reprendre l'administration.

Elle a une hypothèque tacite.

75. — Nous n'avons donné que les principaux systèmes adoptés en Allemagne. Ils varient à l'infini et on ne peut entrer dans les détails. Essayer de le faire, ce serait s'engager dans une voie sans issue. Dans la seule province de Bavière, pour ne citer qu'un exemple, « la communauté domine, mais régie « par trente-six statuts différents dont quinze établissent la « communauté d'acquêts et vingt-un la communauté universelle, « avec des divergences qui portent souvent sur des points essen- « tiels, et en outre le régime dotal forme le régime légal dans « certains districts, pendant que quelques autres suivent le « régime du *Landrecht* de Prusse, qui présente la plus grande « ressemblance avec notre régime sans communauté (1). »

§ II. — **Autriche.**

76. — L'Autriche, depuis 1811, a un code qui a mis l'ordre et l'unité dans ses vastes possessions. Cependant, en 1861, la Hongrie a repoussé le code civil autrichien; elle a voulu reconquérir son indépendance juridique et législative.

Les trois régimes matrimoniaux que nous avons analysés au commencement de notre section sont connus en Autriche. La dotalité est le régime légal (2). Il tient tout à la fois du régime dotal romain dont il se rapproche beaucoup et un peu du régime de l'usufruit marital.

Liberté absolue pour les futurs époux de régler les clauses de leur contrat comme ils l'entendent; obligation pour les parents de fournir à leurs enfants une dot proportionnée à leur fortune,

(1) Bufnoir : *Etude sur la question des régimes matrimoniaux en Allemagne. Bulletin de la société de législation comparée*, année 1876.

(2) *Ibid.*

obligation qui cesse quand les enfants ont une fortune particulière, ou se marient contre le gré des parents; ce sont là les traits généraux de la législation matrimoniale autrichienne.

Sous le régime de droit commun, les époux gardent la propriété des biens qu'ils possèdent au moment du mariage ou qu'ils acquièrent personnellement dans la suite. Le mari administre les biens de la femme, en touche les revenus sans avoir à en rendre compte. Il doit garantir le recouvrement des biens de la femme, il est responsable de leur conservation. Si sa gestion compromet la fortune de la femme, on peut retirer au mari son droit d'administration.

Les conventions peuvent modifier ces principes. On peut obliger le mari à rendre compte de sa gestion et des fruits perçus, réserver à la femme l'administration de toute ou partie de sa fortune. Dans ce dernier cas, le mari aurait le droit de s'opposer à une gestion désordonnée, et même de faire déclarer sa femme prodigue.

77. — Les époux peuvent adopter le régime de la communauté, soit universelle, soit réduite. Une telle stipulation est toujours restrictivement interprétée.

La communauté entre époux est régie comme une société ordinaire; le code autrichien renvoie, pour en déterminer la forme et l'étendue, aux articles qui établissent les règles en matière de société (art. 1233) (1).

La communauté présente en Autriche un caractère particulier : « En général, — nous dit l'art. 1234 du cod. civ., — elle n'est « établie que pour le cas de mort. Elle n'a d'autre effet que de « donner la propriété de la moitié des biens communs à l'époux « survivant (2). » C'est donc un simple gain de survie.

Cependant si un bien immobilier, mis en communauté, est inscrit sur les registres publics au nom des deux époux, le conjoint

(1) De Saint- Joseph, *op. cit.* I, p. 142.

(2) *Ibid.*

non propriétaire acquiert dès lors sur la moitié de cet immeuble un droit réel qui empêche l'autre époux d'en disposer seul (art. 1236) (1). Mais c'est là une exception ; en règle générale la communauté n'entre en vigueur qu'à la dissolution du mariage.

78. — Le contrat de mariage contient presque toujours des stipulations relatives à l'augment de dot, au douaire et à la *morgengabe*. Le douaire est de droit pour la femme, mais la loi n'en fixe pas le taux ; la *morgengabe* est de style. On trouve également dans le droit autrichien les institutions contractuelles et les autres gains de survie.

Le régime matrimonial prend fin par le divorce admis pour les non catholiques, la séparation forcée ; la séparation volontaire sanctionnée par un jugement est admise par le code autrichien comme par le code italien. Enfin la communauté seule se dissout aussi par la faillite de l'un des époux.

§ III. — **Suisse.**

79. — En Suisse, les cantons sont indépendants les uns des autres ; chacun a sa législation particulière ; quelquefois même cette législation ne s'étend pas à tout le territoire du canton qui se trouve ainsi posséder deux ou trois lois différentes.

Dans la plupart des cantons suisses le contrat de mariage, établissant un régime spécial de biens entre époux différent du régime légal, est inconnu. Dans la Suisse centrale, le contrat de mariage n'est qu'un pacte successoral sous signatures privées. Dans ces cantons, le régime légal est obligatoire et le contrat de mariage ne s'occupe que des gains de survie, de la *morgengabe*, des donations entre époux. Quelquefois le contrat de mariage doit être approuvé par le conseil communal ou par un tribunal, dans certaines régions par l'un et l'autre.

Dans d'autres cantons, il est permis de déroger au régime

(1) De Saint-Joseph, I, p. 142.

légal; mais tandis que quelques-uns exigent pour le contrat de mariage l'authenticité, l'antériorité et l'immutabilité (Genève, Jura-Bernois, Neufchâtel, le Tessin et la Thurgovie), d'autres n'imposent ni l'authenticité ni l'antériorité (Grisons) et d'autres enfin autorisent à adopter après le mariage la communauté d'acquêts (Frisons).

80. — Trois principaux régimes sont admis en Suisse : le régime sans communauté adopté dans la généralité des cantons où le régime légal est obligatoire (Appenzel, Zurich, Bâle, Zug, Unterwald); le régime de la communauté d'acquêts, obligatoire dans le canton de Schaffouse, facultatif dans les cantons de Fribourg, Neufchâtel, Thurgovie, Valais et Vaud; enfin le régime dotal, régime légal dans le canton de Vaud, facultatif dans le Tessin.

81. — Le régime sans communauté ne diffère du régime français de ce nom, que par les pouvoirs d'administration accordés au mari. Ils sont excessivement étendus : administration de toute la fortune de la femme avec jouissance absolue et exclusive des revenus; attribution au mari de tous les gains réalisés, quelle qu'en soit la provenance; droit absolu et sans contrôle de disposition. Le mari ne doit que la valeur de la dot; ses droits s'étendent à la fortune actuelle et future de la femme, fortune qui ne doit ni croître ni décroître pendant le mariage. Un inventaire doit en être dressé.

Cependant la plupart des lois reconnaissent à la femme la libre disposition d'une part de biens qu'elle administre et dont elle jouit librement; cette réserve est appelée *sondergut*.

Certains codes ne permettent au mari d'aliéner, sans le consentement de la femme, que les biens mobiliers. Pour l'aliénation des immeubles, certaines législations exigent, indépendamment du consentement de la femme, l'autorisation du tuteur et même du conseil communal. Le code d'Unterwald-le-Bas défend au mari d'aliéner, sans le concours de la femme, même les biens mobiliers.

82. — La communauté d'acquêts est celle du droit français.

Toutefois les lois des cantons de Neufchâtel et de Thurgovie permettent au mari de disposer librement des biens de la femme; la fortune de cette dernière se trouve réduite à une simple créance. Dans les cantons de Soleure et des Grisons, le mari a les deux tiers des gains et acquêts réalisés pendant le mariage.

83. — Le régime dotal suit les règles ordinaires de ce régime : inaliénabilité de la dot, jouissance et administration du mari. Les biens non constitués en dot sont paraphernaux. La femme les administre de concert avec le mari; elle peut les aliéner seule avec le consentement de son époux.

Comme garanties, la femme a un privilège dans la faillite du mari et quelquefois dans sa succession. Mais ce privilège ne lui assure guère que la restitution du quart, du tiers, de la moitié ou des deux tiers de sa fortune, suivant les cantons. Plusieurs lui reconnaissent le droit de demander la séparation de biens quand sa fortune est compromise; d'autres, en plus grand nombre, de demander qu'on enlève au mari l'administration et la gestion de ses biens, ou son interdiction.

Un reproche capital qu'on doit adresser à la législation suisse, c'est de sacrifier à ceux du mari les intérêts de la femme.

§ IV. — **Monaco.**

84. — La principauté de Monaco, dans son code civil, suit les règles du droit français. Cependant, jusqu'en 1877, la dotalité était le régime légal. Une ordonnance princière du 9 juillet 1877 a décrété que la communauté d'acquêts serait le régime légal; le régime dotal doit être formellement stipulé.

§ 5. — **Belgique.**

85. — La Belgique a une législation qui n'est autre que la législation française. Mais la loi hypothécaire de 1850 a établi une différence importante entre ces deux législations au point de vue de l'hypothèque légale des femmes mariées.

L'hypothèque de la femme doit être inscrite; cette obligation

incombe à plusieurs personnes. Cette hypothèque peut être aussi spécialisée, quant aux créances garanties et quant aux biens grevés, soit par le contrat de mariage, soit par le président du tribunal.

SECTION IV

DROIT RUSSE.

86. — La Russie n'a pas une législation unique applicable à tout l'empire. Elle s'est annexé des peuples de races différentes auxquels le gouvernement absolu des czars n'a pas cru devoir imposer la législation russe. Aussi devrons-nous diviser cet exposé du droit russe en quatre paragraphes. Nous passerons successivement en revue le droit en vigueur dans la Russie proprement dite, en Pologne, dans les provinces Baltiques (Esthonie, Livonie, Courlande), et enfin dans le grand duché de Finlande.

§ 1. — **Russie.**

87. — Le régime légal est un régime de séparation de biens absolue. La femme conserve, après le mariage, la libre administration, jouissance et disposition de sa fortune. La seule limite apportée à ses pouvoirs consiste dans la défense de signer des lettres de change sans l'autorisation maritale.

Les époux, dont le mariage ne change pas du tout la capacité, restent absolument indépendants l'un de l'autre au point de vue de leurs biens; ils peuvent passer entre eux tel contrat qu'il leur plaît, de vente, d'échange, de louage, etc., comme feraient de simples tiers; ils sont sur un pied d'égalité parfaite.

Tel est le régime légal; mais « en réalité, — nous dit M. Lehr, « — les époux jouissent en commun des biens appartenant à « chacun d'eux, et cette communauté de fait est tellement enra- « cinée dans les mœurs qu'on ne songe presque jamais à régler « par un contrat formel les relations matrimoniales quant aux « biens (1). »

(1) Lehr, *Eléments de droit civil russe*, § 28.

C'est là une originalité fort remarquable : un régime légal, formellement consacré par la loi, supplanté par un régime qu'aucun contrat n'a établi entre les époux.

§ 2. — **Pologne.**

88. — Jusqu'en 1825, la Pologne avait conservé intact le code civil français. Une loi du 23 juin de cette année-là l'a modifié et a consacré pour régime matrimonial un régime analogue à la *Güterverbindung* du droit germanique et au régime exclusif de communauté du droit français.

« Le mari, — porte l'article 192, — pendant la durée du « mariage, administre les biens de sa femme ; il a le droit d'en « percevoir les fruits pour soutenir les charges du ménage. Les « règles ordinaires sur l'usufruit s'appliquent à l'usufruit du « mari, mais avec les exceptions suivantes :

« *a*). — Le mari ne sera pas limité dans l'exercice de son « usufruit, bien qu'il n'ait pas fait dresser un inventaire des « meubles et un état des immeubles appartenant à la femme ;

« *b*). — Il est dispensé de la caution ;

« *c*). — Il ne peut ni vendre, ni céder de toute autre manière « le droit de l'usufruit (1). »

Le mari ne peut aliéner ni hypothéquer les biens de la femme sans son consentement. S'il compromet la fortune de son épouse, elle peut demander qu'on retire au mari l'administration et jouissance de ses biens.

Les époux peuvent modifier ce régime : « L'association conju- « gale quant aux biens, — dit l'article 191, — en tant qu'elle « n'a pas été réglée par convention, est soumise aux règles « suivantes (2) ; » ce sont celles que nous venons d'exposer.

Les régimes de séparation de biens, dotal et de communauté sont pratiqués en Pologne.

(1) De Saint-Joseph, III, pp. 98 et 99. — Voir aussi Lehr, *op. cit.*, §§ 33 à 37.
(2) De Saint-Joseph, *Ibid.*

§ 3. — **Provinces Baltiques.**

89. — Le droit en vigueur dans les trois provinces baltiques n'est pas uniforme. Dans chacune d'elles on trouve un droit provincial, un droit urbain et un droit des paysans. La *Güterverbindung* est consacrée par le *landrecht* des trois provinces avec quelques modifications de l'une à l'autre. Le *Stadrecht livonien* admet la communauté universelle.

Sont en dehors de la *Güterverbindung* et de la communauté : les biens que la femme s'est réservés en propres ou qui lui ont été donnés à la condition qu'elle en jouirait seule; les revenus d'un commerce exercé par la femme seule avec l'autorisation du mari, et enfin les revenus des biens réservés.

§ IV. — **Grand duché de Finlande.**

90. — Le régime de la communauté universelle est obligatoire dans le duché. Tous les biens présents et futurs tombent en communauté; on n'en excepte que les biens ruraux hérités ou acquis avant le mariage, les biens donnés à l'un des époux à condition qu'ils ne tomberont pas en communauté. Le contrat de mariage n'a d'autre objet que de mentionner les biens que chaque époux apporte en mariage et les biens réservés.

Les époux peuvent demander la séparation de biens lorsque l'un des conjoints contracte des dettes dont le montant excède sa part dans la communauté. La femme peut encore la demander si le mari abuse de son droit d'administration, s'il fait subir des pertes à la communauté ou contracte des dettes sans profit pour elle. En suite de cette séparation, la femme a l'administration et la libre disposition de sa fortune. Mais ce que les époux gagnent par leur travail reste confié à l'administration du mari pour l'entretien du ménage.

L'époux survivant qui ne veut pas payer certaines dettes dont légalement il n'est pas responsable, devra, dans un délai donné,

accomplir certaines formalités. S'il y manque, il sera solidairement tenu avec les héritiers de son conjoint décédé de toutes les dettes contractées par ce dernier.

SECTION V

DROIT ANGLO-AMÉRICAIN

§ 1. — **Angleterre.**

91. — Le droit anglais, par son origine, se rattache au droit germanique, mais son développement et le résultat auquel il a plus tard abouti exigent qu'on en fasse une étude particulière. Si, d'un autre côté, le développement historique du droit matrimonial conduit à un système analogue à la *manus* des Romains, on ne saurait voir dans ce résultat l'influence du droit romain, toujours proscrit par les rois et les parlements d'Angleterre, mais une certaine analogie dans le caractère des deux peuples. « Chez les « deux peuples, — dit M. Gide, — c'est le même amour de la « loi inséparable de l'amour de la patrie, c'est le même esprit « égoïste et pratique, avide de gain et de pouvoir, c'est le même « respect pour la légalité poussé jusqu'à la superstition de la « forme et de la lettre, les mêmes raffinements de ruses pour « accommoder à des besoins nouveaux des textes vieillis et pour « élargir les formules légales sans les briser (1). »

La législation anglaise, sur les rapports pécuniaires des époux et leurs droits, droits qui donnaient au mari un pouvoir analogue à la *manus* des Romains, vient d'être l'objet d'un complet bouleversement accompli par les lois de 1870, 1874 et 1882. A l'ancienne incapacité de la femme on a substitué, un peu brusquement, un régime de complète indépendance analogue au régime légal de la Russie. Pour bien comprendre la portée de cet état de choses, il faut connaître le régime antérieur à l'acte de 1870.

(1) Gide, *op. cit.*, p. 271.

Nous allons l'indiquer, nous verrons ensuite les modifications apportées par les dernières lois.

92. — Avant 1870, le système de la *common law* attribuait au mari la propriété complète de tous les biens meubles appartenant à la femme et de tous les gains qu'elle pouvait faire pendant le mariage. Les immeubles de la femme ne pouvaient être aliénés même avec son consentement, mais le mari en avait l'administration et la jouissance.

La femme n'avait aucune personnalité civile, elle ne pouvait faire aucun acte même avec le concours de son mari, pas même tester. Une exception était pourtant faite pour les biens réels, *real property*, c'est-à-dire pour les immeubles possédés avec le caractère de fief à perpétuité ; la femme pouvait les aliéner avec l'autorisation de son mari et l'intervention de la justice.

Les cours de justice avaient réagi contre ce système et il s'était établi une jurisprudence qui permettait de constituer à la femme mariée un patrimoine propre, *separate estate*, soit par contrat de mariage, soit durant le mariage par donation ou testament émanant de tiers. Pour cela on désignait une personne appelée *trustee* ou fidéicommissaine qui possédait ces biens pour le compte de la femme. Par ce moyen, cette dernière en conservait l'administration par son mandataire, et le droit d'en disposer.

93. — Un bill du 9 août 1870 apporta une première atténuation à ce système abusif en décidant que les profits réalisés par la femme, peu importe comment, les biens meubles et les revenus des immeubles qui lui viendraient par succession lui resteraient propres et seraient affectés à son usage, sans le contrôle du mari.

Dès lors la femme pouvait placer des fonds en son nom ; les créanciers du mari avaient un recours dans le cas où le placement aurait été fait de ses deniers, en fraude de leurs droits.

Le même bill autorise la femme à contracter une assurance sur la vie, soit sur la sienne, soit sur celle du mari.

Comme on le voit, l'acte de 1870 établit entre les époux un régime assez analogue à notre séparation de biens.

L'acte de 1874 a décidé que le mari devait être responsable des dettes de la femme antérieures au mariage, dans la mesure où il devenait propriétaire de ses biens. La loi de 1870 affranchissait au contraire le mari de toute poursuite des créanciers de la femme relative à ces mêmes dettes. Les créanciers pouvaient agir sur les biens personnels de la femme; si elle ne s'en était pas réservé, ils étaient frustrés.

Enfin la loi de 1882, *an act to consolidate and amend the acts relating to the property of married women*, est venue compléter l'émancipation de la femme mariée.

La section I^re^ de cette loi porte que la femme mariée est « capable d'acquérir et tenir comme sa propriété séparée tout « bien réel et personnel et d'en disposer par testament ou « autrement de la même manière que si elle était non mariée, « — *in the same way as if she were a fame sole* — et sans qu'il « soit besoin de l'intervention d'un trustee » (1).

La femme a désormais une personnalité juridique distincte de celle du mari. Elle garde la possession de tous ses biens; c'est une propriété séparée. Elle peut en acquérir d'autres sans l'intervention de fidéicommissaire; elle peut disposer seule de ses biens, s'engager par contrat jusqu'à concurrence de ses propres, ester en justice. Elle est tenue seule de ses dettes antérieures au mariage.

Pour se protéger, la femme peut insérer dans son contrat de mariage la clause de *restriction against anticipation*. Dès lors, elle ne peut, durant le mariage, ni aliéner ses biens, ni les engager, ni disposer à l'avance de ses revenus. Cette clause doit être insérée dans le contrat au moment du mariage.

§ II. — **Etats-Unis.**

94. — La législation anglaise que nous venons de voir, a été, dans son dernier état, empruntée tout entière au droit des Etats-Unis.

(1) Esmein, *sur la cond. priv. de la femme*, de M. Gide, pp. 262-263.

Nous trouvons donc, dans ce pays, la femme mariée investie de l'administration et de la jouissance de son patrimoine *as if she were a fame sole*, comme si elle n'était pas mariée.

Signalons toutefois une particularité : l'insaisissabilité du domaine sur lequel vivent les époux, le *homestead;* il est également exempt de tout droit de succession.

Cette insaisissabilité subsiste après la mort du chef de famille au profit de la femme d'abord, et ensuite au profit des enfants, pourvu qu'ils habitent réellement le domaine (1).

---

(1) Claudio Jannet, *les Etats-Unis contemporains*, chap. XIII, § 3.

CHAPITRE II

DE LA CAPACITÉ SPÉCIALE EN MATIÈRE DE CONTRAT DE MARIAGE.

95. — Par l'exposé que nous venons de faire des divers régimes de biens entre époux consacrés par les législations actuelles, on voit quelles différences importantes et multiples séparent les lois qui régissent les peuples civilisés. On peut dire qu'il n'y a pas deux législations absolument semblables. Cette observation ne s'applique pas seulement aux lois qui règlent la matière du contrat du mariage, mais également à celles qui déterminent la capacité nécessaire pour faire ce contrat.

Toutes les législations, comme notre code civil, fixent trois âges à chacun desquels on acquiert une capacité différente : un premier âge où l'on peut se marier ; un second où l'on a la pleine capacité civile, dit l'âge de la majorité ; un troisième enfin où l'on peut librement disposer de sa personne sans avoir à obtenir le consentement de ses parents. Il est à noter que la loi qui détermine ce que nous appellerons la majorité matrimoniale est restrictive de la capacité, tandis que la loi, qui établit l'âge auquel le mineur pourra contracter mariage, est extensive de la capacité. Nous nous expliquons : la loi qui fixe la majorité matrimoniale restreint la capacité, car avant d'atteindre cet âge on a la majorité civile, par suite, le plein exercice des droits civils, le pouvoir de faire seul tous actes quelconques même un contrat de mariage, mais non celui de disposer de sa personne, de se lier par le mariage sans le consentement de personnes déterminées. Le mineur, au contraire, déclaré par la loi apte à se marier, peut faire un contrat de mariage et, par suite, une foule de stipulations que jamais il n'aurait pu faire en état de minorité. Et c'est lui, mineur, au moins en droit français et même, pour l'homme, dans la plupart des législations, qui stipule, sans doute avec l'assistance de certaines personnes pour le protéger et le

guider dans son inexpérience. C'est bien là une extension donnée à la capacité du mineur, ou plutôt la loi lui donne une capacité qu'il n'avait pas. Cependant il faut bien remarquer que le mineur ne devient capable que de faire « les conventions dont le contrat de mariage est susceptible » (1398, civ.). Cette capacité cesse dans tous les cas où il s'agit, comme le dit très exactement un arrêt de la Cour de Cassation, « de conventions étrangères à la formation ou au règlement de l'association conjugale (1). »

96. — Ces âges varient avec les diverses législations. Alors qu'en France, « l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant 15 ans révolus ne peuvent contracter mariage. » (144, civ.), en Espagne et en Portugal, ces âges sont de 14 et 12 ans, en Hollande, de 18 et 16 ans, en Allemagne de 20 et 16 ans.

En France, l'homme avant 25 ans, la femme avant 21 ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs ascendants. En Espagne cet âge est de 23 et 20 ans, en Hollande de 23 ans, en Allemagne de 25 et 24 ans.

En France le mineur, homme ou femme, doit être assisté, au contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour le mariage lui-même. Il en est de même en Italie, en Espagne, en Portugal, en Hollande et, depuis 1872, en Suède. En Islande, Danemark et Norwège, l'homme mineur doit être assisté de son père ou de son tuteur; la femme mineure ne paraît pas au contrat, elle est suppléée par son père ou par son tuteur. Les mineurs sont assistés, en Allemagne, de leur père, mère ou tuteur; si le contrat adopte le régime de communauté, la femme, à tout âge, doit être assistée de son père ou d'un conseil. En Autriche, la femme mineure est remplacée par son père, ou par son tuteur, ce dernier doit de plus être muni de l'autorisation du tribunal pupillaire. Enfin dans certains cantons de la Suisse, la

(1) Cass. 23 fév. 1869; D. P. 69, I, 179.

femme, à tout âge, doit toujours être assistée d'un tuteur ou de deux témoins proches parents. C'est un reste de la tutelle perpétuelle des femmes.

La législation française veut que le contrat de mariage soit rédigé avant la célébration et le déclare immuable du jour où le mariage est accompli. Quelle est la nature de cette prescription? Est-ce une question de capacité, de forme, ou une prohibition *sui generis?* Quelle que soit la réponse à cette question, les législations sont encore, sur ce point, fort diverses.

L'Italie, la Belgique, la principauté de Monaco, la Hollande, les provinces de l'Allemagne qui suivent le code de Napoléon, (l'Alsace-Lorraine, le duché de Bade, la Prusse rhénanne), certains cantons de la Suisse, la Pologne, le grand duché de Finlande, ont sur ce point des prescriptions analogues à celles de notre code civil.

La loi espagnole exige bien la rédaction du contrat avant le mariage et le déclare bien immuable; mais elle autorise la rédaction de la *carta de dote* constatant les apports après le mariage; quand il n'y a pas eu de contrat, c'en est un véritable.

En Danemark et Norwège, le contrat doit être rédigé avant le mariage pour pouvoir être opposé aux créanciers; en Suède également, pour pouvoir être opposé aux tiers. Ces cas mis à part, le contrat pourra être fait après le mariage.

En Allemagne, dans les provinces où la communauté n'existe pas, un contrat adoptant ce régime doit être rédigé avant le mariage; dans l'hypothèse inverse le contrat est fait indifféremment avant ou après le mariage. Dans le royaume de Saxe, les conventions matrimoniales qui ont la forme d'un contrat sont irrévocables; celles qui affectent la forme d'actes de dernière volonté sont toujours révocables.

En Autriche, le contrat de mariage peut être modifié par une décision judiciaire.

Certains cantons de la Suisse permettent la rédaction d'un contrat avant ou après le mariage. Il en est de même dans les Provinces Baltiques. Avant l'unité italienne, la législation de la

Toscane permettait également la rédaction du contrat avant ou après le mariage.

97. — Deux personnes de nationalité différente veulent rédiger un contrat de mariage : quelle loi déterminera leur capacité ? si elles sont mineures, les formalités habilitantes? Telle est la question de droit international privé. Elle ne nous arrêtera pas longtemps, car elle n'est pas spéciale à notre sujet. Toutes les fois que deux étrangers l'un à l'autre contractent ensemble, cette question se pose. Il y a cependant certaines difficultés qui ne peuvent s'élever qu'en notre matière et que nous traiterons plus à fond.

SECTION I

DROIT FRANÇAIS.

98. — En France, on reconnaît généralement que l'état et la capacité des personnes sont déterminés par leur loi personnelle. Par conséquent, c'est la loi personnelle de celui qui veut faire un contrat de mariage qui décidera s'il a la capacité voulue pour la passation d'un tel acte. Quelle sera cette loi? Sera-ce celle du pays dont l'individu est citoyen ou celle du pays où il a son domicile ?

La loi qui déterminera la capacité de l'individu qui veut faire un contrat de mariage sera la loi du pays dont il est citoyen, sa loi nationale, peu importe le lieu de son domicile. Ainsi, ce sera la loi française qui décidera si tel français est capable de consentir cet acte, qu'il soit domicilié en France ou à l'étranger.

99. — MM. Demangeat (1) et Barrilliet (2) soutiennent, au contraire, que c'est la loi du domicile qui déterminera cette capacité. Ils invoquent à l'appui de leur opinion, l'ancien droit, le mot

(1) Demangeat sur Félix, *Traité de droit int. priv.* t. I, p. 57, note a, (troisième édition); — et *Histoire de la condition des étrangers*, p. 414.

(2) *Du Conflit de la loi française avec les lois étrang., etc.*, p. 42.

résidant inséré dans l'article 3 de notre code civil et l'article 13 de ce même code.

L'ancien droit ne saurait être utilement invoqué parce qu'il reposait sur une organisation sociale fort différente de la nôtre.

L'article 3 de notre code civil porte : « les lois concernant « l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même « résidant en pays étranger. » Le mot *résidant* doit être pris ici dans un sens vague et général, et non dans le sens technique et précis qu'il revêt quand on l'oppose au domicile. Pourquoi ? D'abord parce que, lors de la rédaction de l'article 3, la distinction entre le domicile et la résidence n'avait pas encore été fixée et qu'il était plus naturel de se préoccuper de la résidence que du domicile. Ce n'est ensuite que par un argument *a contrario* qu'on arrive à conclure que le français domicilié à l'étranger n'est plus régi, quant à son état et à sa capacité, par la loi française. Or, cet argument est faible quand il n'est pas corroboré par des circonstances spéciales qui font ici défaut. L'argument *a contrario* n'a de valeur en général que quand il fait sortir de l'exception pour rentrer dans le droit commun. Ce n'est pas ici le cas; il ne doit donc pas être pris en considération.

Enfin l'argument qu'on voudrait tirer de l'article 13 en faveur de la doctrine du domicile est tout simplement une pétition de principe. « L'étranger, — dit cet article, — qui aura été admis « par l'autorisation du gouvernement a établir son domicile en « France, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera « d'y résider. » Cet article prouve, dit-on, que par le domicile on acquiert la plénitude des droits français. Mais quelle loi réglementera l'exercice de ces droits? C'est la question. De ce que notre texte dit que l'étranger jouira de tous les droits civils, s'ensuit-il que la loi de son nouveau domicile réglera son état et sa capacité?

Enfin le rapprochement des articles 170 et 999 de l'article 3 confirme l'interprétation que nous donnons de ce dernier. Les deux premiers traitent des mariages et testaments intervenus à l'étranger, sans distinguer entre le domicile et la résidence.

Les travaux préparatoires viennent encore à l'appui de cette

manière de voir. « Il suffit d'être Français, — disait Faure, — « pour que l'état et la capacité des personnes soient régis par la loi française (1); » il n'est donc pas nécessaire d'avoir son domicile en France.

D'après la législation française c'est donc la loi nationale de l'individu qui règle son état et sa capacité (2). La jurisprudence se prononce également en ce sens (3). Toutefois elle rejette l'application de la loi étrangère, quand l'intérêt des nationaux est engagé (4). M. Demolombe apporte également cette restriction.

100. — Spécialement, en notre matière, on devra donc se reporter à la loi nationale du mineur qui fait un contrat de mariage pour déterminer l'étendue de sa capacité et les formalités habilitantes qu'il doit remplir pour la validité d'un tel acte. En vertu de ce principe, le mineur français âgé de quinze ou dix-huit ans, suivant son sexe, sera partout capable de faire un contrat de mariage pourvu qu'ils se trouve dans les conditions prévues par l'article 1398, c'est-à-dire qu'il soit assisté « des « personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité « du mariage. »

L'article 1388 est de la même nature que l'article 1398; il a trait à l'état des personnnes et, à ce titre, rentre dans le statut personnel. Il en résulte que le français ne pourrait consentir, à l'étranger, des conventions qui dérogeraient à la puissance maritale, etc. Mais cette disposition ne s'applique qu'aux français. Les époux étrangers, qui auraient dérogé à la puissance maritale, dans la mesure ou leur loi le permet, pourraient demander aux tribunaux français de sanctionner de telles stipulations, pourvu, comme

(1) Locré, *législation*, etc., sous l'art. 3, XVII, 9; voir aussi sous même art. XVI, 13 et XVIII, 8.

(2) En ce sens : Brocher, *cours de dr. int. priv*, T, I, p. 103, n° 43; — Asser, *Eléments de dr. int. priv.* n° 23, p. 56; — Aubry et Rau, § 31, et note 24; Demolombe, I, n° 98.

(3) Paris, 13 juin 1814, Sir. 1815, 2, 67; — 11 août 1817, Sir. 1818, 2, 30; Lyon 25 février 1857, Sir. 57, 2, 625; — Cass. 24 août 1808 et 1er février 1813, Sir. 1809, 1, 331, — 1813, 1, 113.

(4) Cass., 16 janvier 1861, Sir. 61, 1, 305.

nous le verrons plus loin, qu'elles ne portent pas atteinte à l'ordre public. Ainsi on devrait sanctionner en France la clause d'un contrat de mariage qui fixerait la religion dans laquelle seront élevés les enfants, quand la loi nationale des époux la permet.

101. — Les articles 1389 et 1390 sont d'une autre nature; nous nous en expliquerons dans notre chap. IV, n° 161.

Certains auteurs, voudraient aussi faire rentrer dans le statut personnel les formalités intrinséques, les conditions de fond du contrat. Ainsi, d'après eux, tout ce qui touche à l'objet, à la cause du contrat, au consentement des époux, tomberait sous la domination du statut personnel. Nous renvoyons également l'étude de ce point à notre chapitre IV où il trouvera mieux sa place. Nous nous contentons d'indiquer ici que nous n'admettons pas cette manière de voir.

102. — Il nous reste une grosse question à examiner, bien spéciale, celle-là, à notre sujet.

Les prescriptions des articles 1394 et 1395 qui veulent que le contrat soit rédigé avant, et défendent de le modifier après la célébration du mariage, rentrent-elles dans le statut personnel? ou sont-elles simplement des questions de forme comme le soutiennent beaucoup d'auteurs et le décide la jurisprudence?

MM. Aubry et Rau nous disent : « La règle posée par l'article « 1394 ne crée point une incapacité rentrant dans le statut « personnel et qui, à ce titre, suive le français en quelque pays « qu'il aille s'établir. Elle n'atteint donc pas le contrat de mariage « passé par un français qui, établi en pays étranger, s'y est marié « avec une étrangère, sous l'empire d'une loi d'après laquelle la « passation d'un pareil contrat peut avoir lieu après la célébration « du mariage. Dans cette hypothèse les conventions matrimoniales « et les donations contenues dans ce contrat passé postérieurement « à la célébration du mariage sont tout aussi valables et irrévoca- « bles que si l'acte avait été dressé dès avant cette époque (1). » Un grand nombre d'auteurs adoptent cette opinion.

(1) Aubry et Rau, T. V, § 503 *bis*, p. 252.

Quant à la jurisprudence, elle est absolument fixée en ce sens. « Attendu, — dit la Cour de cassation (1), — que le choix du « régime auquel doivent être soumis les intérêts civils des époux « dépend de leur volonté et de celle des personnes qui doivent « les assister s'ils sont mineurs; attendu que l'arrêt attaqué cons- « tate que la volonté des époux Orsini et celle des personnes qui « assistaient la mineure a été de soumettre les intérêts civils des « époux aux lois en vigueur en Toscane, c'est-à-dire, au droit « romain qui, en cette matière, y est encore suivi; attendu que si « cette commune intention n'a été réalisée, dans un acte public, « qu'après la célébration du mariage, les époux Orsini se sont « encore, sous ce rapport, conformés à la législation de la Toscane, « qui autorise les pactes dotaux après le mariage et que *la déter-* « *mination de l'époque à laquelle doit intervenir ce pacte comme* « *tout ce qui tient à la forme extérieure*, est soumise à l'empire de « la règle *locus regit actum*, rejette le pourvoi sur ce chef. » Il semble résulter des termes de cet arrêt, que l'acte postérieur à la célébration du mariage n'était qu'une confirmation ou réglementation du régime légal consacré par la loi du régime matrimonial, ce qui rapproche cette décision d'un arrêt d'espèce. Il est regrettable que la Cour de Cassation ne se soit pas expliquée sur la question de savoir si nous sommes en présence d'une disposition dépendant ou non du statut personnel. Ce point avait pourtant une grande importance doctrinale.

La Cour de Cassation et les cours, qui ont suivi sa manière de voir, ont toutes commis une confusion entre le régime des biens des époux et le contrat de mariage. Avant de décider que le contrat de mariage doit être rédigé suivant les formes locales, les arrêts constatent la volonté des époux de se soumettre au régime matrimonial usité dans ce pays ; de ce fait ils concluent à l'application de la règle *locus regit actum*. Mais autre chose est le contrat de mariage, autre chose le régime des biens. L'article

(1) Cass. 11 juilet 1855, D. P. 1856, 1, 6; — en ce sens : Montpellier, 25 avril 1844, D. P. 45, 2, 36; — Toulouse, 7 mai 1866, D. P. 66, 2, 109.

1394 ne traite pas une question de régime, il formule une règle, il édicte, suivant nous, une incapacité. La chose nous semble facile à établir.

Pour cela, il suffit de rechercher les motifs qui ont amené le législateur à prohiber les contrats rédigés après la célébration du mariage. Or, le législateur a voulu édicter une mesure de protection ; il a craint que l'un des époux n'abusât soit de l'affection, soit de l'autorité conjugale pour extorquer à son conjoint des donations exorbitantes, souvent ruineuses. Le mariage célébré, les époux ne se trouvent plus, l'un à l'égard de l'autre, dans la même position de liberté et d'égalité : la femme est placée sous l'influence prépondérante du mari; quelquefois, au contraire, l'affection ou la passion peut mettre le mari à la merci d'une femme habile et intrigante. Un contrat de mariage fait après la célébration pourrait d'ailleurs être un moyen d'éluder la disposition de l'article 1096 qui déclare révocables les donations entre époux faites depuis la célébration, ou de nuire aux tiers par des stipulations frauduleuses. Comme le dit Prévot de la Jannès : « Lorsque la loi n'a fait sa disposition que pour suppléer à celle « de l'homme et qu'elle permet à ses sujets de disposer de leurs « biens autrement qu'elle n'en dispose elle-même, *si elle vient « ensuite à le défendre à quelqu'un d'eux en particulier et « suivant de certaines modifications*, il est visible que ce n'est pas « dans la vue d'affecter inviolablement les biens à l'ordre qu'elle « a établi, mais que si elle en interdit la disposition à certaines « personnes, dans certains cas, c'est par des raisons politiques « et personnelles (1). » En matière de capacité la règle est qu'un individu est capable de contracter partout et toujours. Pour des motifs particuliers, par mesure de protection, on vient limiter cette capacité dans le cas tout particulier du contrat de mariage. C'est une incapacité spéciale que la loi, dans le cas dont il s'agit, a eu dessein d'attacher aux personnes mariées, par des raisons

(1) Troisième discours de la distinction des statuts réels et personnels, règle IX.

tirées de leur qualité, de leur situation et de vues particulières sur elles, incapacité qui doit les suivre partout. Voilà donc pourquoi nous n'hésitons pas à placer dans le statut personnel la prohibition de l'article 1394. Par cela même que vous êtes marié légalement, légalement vous êtes incapable de faire un contrat de mariage. Cette incapacité vous suit partout.

Par les mêmes raisons, nous placerons également dans le statut personnel l'article 1395 qui n'est que le corrollaire de l'article 1394.

Cette règle ne s'applique évidemment pas à la femme française qui épouse un étranger. Prenant la nationalité de ce dernier, sa capacité sera déterminée par la loi du pays auquel appartient son mari.

103. — L'article 1396, dans son second alinéa, relève aussi, croyons-nous, du statut personnel. Il dispose, en effet, que tout changement fait au contrat de mariage, ne sera valable s'il n'a été fait en présence et du consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties au contrat. Les futurs époux, une fois leur contrat rédigé, deviennent donc *incapables* de le modifier *hors la présence et sans le consentement* de toutes les personnes qui ont pris une part *effective* à ce contrat. Nous voyons là ce qu'on appelle une formalité habilitante, et ces formalités dépendent du statut personnel.

Cette disposition s'applique à la femme française qui épouse un étranger; elle reste française jusqu'au mariage.

104. — D'aucuns voudraient aussi faire rentrer dans le statut personnel l'article 1397. Nous ne voyons trop comment ni à quel titre. Il déclare inopposables aux tiers tous changements apportés aux conventions matrimoniales s'ils n'ont été rédigés en suite du contrat de mariage. On peut voir dans cette disposition soit une question de forme, soit une question de validité; ni la forme, ni la validité d'un acte ne dépendent du statut personnel des contractants.

105. — Que doit-on décider si, au lieu d'un français se mariant à l'étranger, nous nous trouvons en présence d'un

étranger qui se marie en France, et dont la loi personnelle ne contient pas de dispositions analogues à celle des articles 1394 et 1395? Sans hésiter nous déciderons qu'on appliquera sa loi personnelle à cet étranger. Le contrat de mariage rédigé ou modifié après la célébration sera pleinement valable.

On conteste cette solution et pour cela on invoque l'ordre public. Il faut se défier énormément de l'argument tiré de l'ordre public. On a une tendance à en abuser en matière de droit international. C'est un argument si facile! Il y a peu de dispositions législatives en faveur de laquelle on ne puisse invoquer un intérêt d'ordre public. Ainsi la loi qui fixe la majorité à vingt-un ans est bien d'ordre public, et pourtant l'on n'hésite pas à reconnaître capable l'étranger de dix-huit ans que sa loi déclare majeur et capable à cet âge.

On invoque également l'intérêt des tiers. Mais de deux choses l'une : ou les tiers se trouvent en présence d'une fraude et alors comme *fraus omnia corrumpit,* ils feront déclarer que le contrat de mariage ou ses modifications ne leur sont pas opposables; ou ils ont une négligence, une impudence à se reprocher, ils ne devront, dans ce cas, ne s'en prendre qu'à eux-mêmes du désagrément qui leur arrive.

Voyez ensuite à quelles bizarreries on arrive. Ces étrangers se marient en France; vous annulez le contrat qu'ils rédigent dans ce pays après leur mariage. Ils passent la frontière et, dans leur nation, font un nouveau contrat de mariage qui contiendra peut-être les mêmes clauses que celui que vous avez annulé : quel parti prendrez-vous à l'égard de ce contrat? L'annulerez-vous aussi? Pourquoi? Vous serez obligé, en droit comme en équité, de le déclarer valable, et alors la validité de ce contrat ne dépendrait plus que du lieu où il aurait été rédigé; ici il serait valable, là nul, quoique identique! c'est inadmissible.

En droit français donc, la capacité nécessaire pour passer un contrat de mariage est déterminée par la loi nationale des parties contractantes.

En vertu de ce principe, les modifications de l'état ou de la

capacité d'une personne, résultant du jugement d'un tribunal civil étranger, doivent être sanctionnées en France. Ces sortes de jugements sont même applicables sans qu'il soit nécessaire de les faire déclarer au préalable exécutoires par un tribunal français (1).

Voyons maintenant les solutions admises par les diverses législations.

SECTION II

DROIT COMPARÉ.

106. — Nous serons très bref sur ce point après les développements que nous avons donnés à notre première section.

En Belgique on suit le code civil français; notre article 3 y est en vigueur. C'est donc la loi nationale qui détermine l'état et la capacité de l'individu qui veut faire un contrat de mariage.

Le code italien (dispositions générales, art. 6) et la loi hollandaise (dispositions gén., art. 6) consacrent également le principe de la nationalité.

Le code saxon admet ce même principe, mais avec ce tempérament que la capacité de l'étranger est appréciée selon la loi saxonne, lorsqu'il a contracté en Saxe, (code saxon, § 7). Par conséquent la capacité de l'étranger qui ferait un contrat de mariage en Saxe, serait réglée d'après la loi saxonne.

107. — Le principe du domicile est, au contraire, consacré en Grande-Bretagne, dans l'Amérique du Nord, en Prusse et en Autriche. Le code autrichien offre cette particularité : la loi du domicile n'est applicable qu'à l'étranger; l'Autrichien est régi partout par la loi autrichienne : « La capacité personnelle des « étrangers, — dit le code autrichien, — aux actes de la vie « civile, doit, en général, être jugée d'après les lois auxquelles

(1) Trib. civ. de la Seine, 4 déc. 1886. — *Gazette du Palais*, 1886, 2, 853, et les références données en note sous ce jugement.

« l'étranger est soumis soit comme étant celles du lieu de son « domicile, soit, lorsqu'il n'a pas de domicile, parce qu'il se « trouve, par sa naissance, sujet du pays régi par les mêmes « lois (1). » Lorsque l'étranger n'a pas de domicile c'est sa loi nationale qui déterminera son état et sa capacité.

La Russie admet le principe de la nationalité pour ses sujets; les étrangers qui résident sur son territoire, d'après Fœlix (2), sont soumis à la loi russe.

Enfin plusieurs législations décident que sera appliquée la loi la plus favorable à la validité de l'acte. Tels sont les codes prussien, autrichien et suisse. Dans ces pays la capacité de l'étranger sera bien appréciée suivant sa loi personnelle; seulement, au cas où le contrat serait nul pour défaut de capacité, si cette nullité disparaît en appliquant la loi du pays où le contrat a été passé, on s'en référera à cette loi.

SECTION III

CONCLUSION. — LOI APPLICABLE D'APRÈS LES PRINCIPES RATIONNELS.

108. — En présence de ces divergences, quelle est, au point de vue rationnel, la loi qui doit être préférée pour fixer la capacité de l'individu qui veut faire un contrat de mariage? Est-ce sa loi nationale ou celle de son domicile?

L'état et la capacité des personnes doivent être déterminés par leur loi nationale.

Il est un principe dicté par la raison qui doit dominer toute question de droit international privé, et être pris en considération pour la résoudre : on doit appliquer aux personnes les lois qui ont été faites pour elles, toutes les fois que la chose est possible. Or, il faut bien reconnaître que le législateur fait la loi en considération de ses nationaux et non pour les étrangers domiciliés sur son territoire. C'est surtout vrai quand il s'occupe de fixer l'état

(1) Fœlix, t. I, n. 32, p. 69 (3e édition).

(2) *Ibid*, p. 74.

et la capacité des personnes. Ces lois sont en rapport intime avec le tempérament des individus, tempérament soumis à l'influence du climat, du sol, de la race, toutes choses que le législateur connaît ou doit connaître mieux que personne. A ce titre, elles doivent suivre partout ceux pour qui elles ont été élaborées, à moins que ces derniers n'aient voulu formellement s'y soustraire par un changement certain de patrie.

La loi nationale, d'ailleurs, offre plus de fixité que celle du domicile. Ce dernier est variable de sa nature, accidentel, souvent difficile à déterminer. Ne peut-on pas en avoir deux ? Sans doute la nationalité d'une personne sera parfois douteuse ; à cause même de la divergence des législations, un même individu se trouvera quelquefois avoir deux patries ou n'en avoir pas du tout. Mais ce sont là des cas exceptionnels, et les individus sans nationalité ou en ayant deux, sont encore plus rares que les individus sans domicile, ou, à cause de la multiplicité de leurs affaires et de leurs établissements, paraissant en avoir plusieurs.

Admettre le principe du domicile ce serait donner aux nationaux un moyen facile d'éluder les prescriptions de leurs lois. Un domicile est généralement vite et facilement acquis.

Pour toutes ces raisons nous sommes amené à conclure que l'état et la capacité d'une personne qui veut faire un contrat de mariage devront être appréciés d'après sa loi personnelle et que cette loi sera sa loi nationale.

Cependant si cette personne appartient à une nation où n'existe pas l'unité de législation, dans ce cas le domicile devra intervenir. Mais encore, dans cette hypothèse et par les mêmes raisons que nous venons d'exposer, déciderons nous que ce sera la loi du domicile d'origine qui devra être prise en considération.

109. — Nous ne saurions admettre les exceptions apportées à notre principe par certaines législations et la jurisprudence française : elles l'écartent quand l'intérêt des nationaux est en jeu. La capacité doit être gouvernée par un seul et même droit, d'une façon constante et indépendante du lieu où l'on contracte.

Quant à décider qu'on appliquera la loi la plus favorable au

maintien du contrat, c'est abolir le statut personnel ; c'est donner aux nationaux tous les avantages de la loi étrangère et leur en supprimer tous les inconvénients : c'est une trop grande partialité en leur faveur. Notre principe ne recevra d'exception que lorsque l'application de la loi étrangère violerait un principe de morale publique ou d'intérêt social sur le territoire étranger. La loi française ne reconnaît pas l'esclavage ni par suite les incapacités résultant de cet état. Le citoyen d'un état qui permet la polygamie ne pourra chez nous contracter un second mariage avant la dissolution du premier, ni par suite faire un second contrat de mariage. Les incapacités qui dans certains pays frappent les Juifs et les héritiques ne pourront être invoquées en France.

CHAPITRE III

DES FORMES DU CONTRAT DE MARIAGE ET DE SA PUBLICITÉ.

110. — On distingue plusieurs classes ou espèces de formalités, et principalement les formalités *habilitantes*, les formalités *intrinsèques*, les formalités *extrinsèques* et les formalités d'*exécution*.

On appelle *habilitantes* les formalités qui rendent capables de faire certains actes, les personnes qui en sont incapables par état. L'assistance au contrat de mariage du mineur des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage est une de ces formalités. Ce ne sont pas là des formes proprement dites et nous avons vu qu'elles dépendent du statut personnel.

Les formalités *intrinsèques* que l'on appelle aussi *viscérales* sont celles qui constituent la substance, le fond même de l'acte : le consentement des parties, l'objet et la cause du contrat. Ce ne sont pas davantage des formes. Nous aurons à nous en occuper en ce qui concerne le contrat de mariage dans le chapitre suivant.

Les formalités d'*exécution* sont requises pour que l'acte puisse être exécuté; telle est, par exemple, l'apposition de la formule exécutoire. Elles regardent la procédure et n'entrent pas dans notre sujet.

Enfin les formalités *extrinsèques* sont les formes proprement dites, celles qu'il faut observer en faisant l'acte tant pour la manifestation d'une volonté réelle des parties, que pour mettre ces dernières en mesure d'en fournir la preuve. Ce sont les seules que nous devons prendre en considération et étudier dans ce chapitre.

111. — La plupart des législations ont pris soin de déterminer la forme en laquelle doivent être rédigés les contrats de mariage, et d'ordonner des mesures de publicité.

En France, le contrat de mariage doit être passé par devant notaire et rédigé en minute. La publicité résulte de la déclaration faite à l'officier de l'état civil, lors de la célébration du mariage, qu'il a été fait ou qu'il n'a pas été fait de contrat, de l'indication de sa date, s'il en existe un, du nom et du lieu de résidence du notaire qui l'a reçu (art. 1394 et 76 civ.). Pour les commerçants, le code de commerce organise une publicité spéciale. Leur contrat de mariage doit être transmis par extrait dans le mois de sa date aux greffes des tribunaux civil et de commerce du domicile du mari, aux Chambres des notaires et avoués de l'arrondissement pour être exposé dans un tableau à ce destiné (art. 66 com. et 872 pr. civ.).

La Belgique suit notre code, tout au moins en ce qui concerne l'authenticité. L'authenticité est aussi probablement requise en Espagne; c'est là un point que nous n'avons pu vérifier. Le notariat est organisé en Espagne depuis une loi du 28 mai 1862; l'authenticité est exigée pour tout acte constitutif d'hypothèque ou emportant aliénation de propriété. Tout cela porte à croire qu'il en doit être de même pour le contrat de mariage où l'on trouve les mêmes intérêts à sauvegarder qu'en matière d'hypothèque ou d'aliénation (1).

L'authenticité est également nécessaire en Portugal. De plus, le contrat de mariage est soumis à l'insinuation, ce qui constitue la publicité (2).

En Danemark, le contrat de mariage doit recevoir la confirmation royale et être lu publiquement (3); en Norvège, ce contrat doit être lu publiquement à l'audience et inscrit sur les registres du tribunal (4).

En Hollande, un acte notarié est nécessaire. De plus le contrat

(1) Lehr, *éléments de dr. civ. espagnol*, §§ 417, 553.

(2) De Saint-Joseph, *op. cit.*, III, 151.

(3) *Ibid.*, II, 155.

(4) *Ibid.*, III, 14.

est transcrit sur un registre a ce destiné, ouvert au greffe du tribunal (1).

En Suède, il doit être écrit devant deux témoins et « déposé « à la première audience du juge, dans le lieu du domicile « actuel ou projeté des époux. L'insertion en sera faite sur le « procès-verbal ; le tout à peine de nullité (2). »

Dans l'empire d'Allemagne, l'Alsace-Lorraine, le Grand-Duché de Bade et la Prusse Rhénane suivent encore la loi française ; cependant le contrat peut être rédigé devant le juge. Dans les autres parties de l'empire, tantôt la forme authentique est exigée, tantôt elle ne l'est pas. Suivant le droit commun allemand, les conventions matrimoniales peuvent être passées en justice ou sous seing privé ; bien mieux, la rédaction par écrit n'est même pas nécessaire, et à moins de donations importantes, les contrats de mariage ne doivent pas être passés en justice (3).

Un inventaire des biens mis en commun doit être dressé, en Autriche, au cas d'adoption du régime de la communauté. En Suisse, les prescriptions varient avec les cantons.

Dans les Provinces Baltiques, le contrat est fait en justice ou extrajudiciairement ; mais il n'est opposable aux tiers que s'il a été publié par voie de justice. Dans le Grand-Duché de Finlande sa rédaction est constatée par témoins et par le prêtre qui célèbre le mariage.

Les lois russes n'ont pas de dispositions spéciales en ce qui concerne le contrat de mariage. « Les conventions sont : « 1° passées sur les registres fonciers ; 2° ou présentées sur les « registres fonciers pour y être certifiées ; 3° ou présentées pour « être certifiées aux courtiers et aux tribunaux ; 4° ou enfin faites « sous seing privé » (art. 1283 du *Svod* ou Digeste russe) (4). Laquelle de ces formes devra revêtir le contrat de mariage ?

(1) De Saint-Joseph, *op. cit.*, II, 356.

(2) *Ibid.*, III, 506, note 1.

(3) *Ibid.*, I, 139.

(4) *Ibid.*, III, 381.

Nous croyons qu'il devra être dressé sur les registres fonciers, cette formalité étant exigée pour les ventes et donations d'immeubles (art. 810 et 1172) (1).

112. — Suivant quelles formes devra être rédigé un contrat de mariage passé entre étrangers ou à l'étranger ? Telle est la question de droit international privé que nous avons à résoudre.

SECTION I

DROIT FRANÇAIS.

§ 1. — *Formes du contrat de mariage.*

113. — Nous n'avons pas de texte formel sur la question, comme l'article 3 sur la capacité. Une règle avait bien été formulée dans le projet primitif du titre préliminaire de notre code civil par un article 5 ainsi conçu : « La forme des actes est « réglée par les lois du pays dans lequel ils sont faits. » Sur les observations du tribunat cet article fut retranché. On objectait qu'il appartenait plus à la doctrine qu'à la loi; qu'il était vague et conçu en termes bien généraux et que sa rédaction trop absolue pouvait donner lieu à de fausses inductions.

Mais si le principe ainsi formulé d'une façon trop générale peut-être a disparu, nous en retrouvons néanmoins l'application dans nos lois et notamment dans les articles 47, 170 et 999 du code civil. Nous pouvons donc dire que si le législateur a reculé devant la position d'un principe dont *la formule trop absolue pouvait conduire à de fausses inductions,* il n'a pourtant pas voulu en écarter l'application, puisque lui-même la fait, cette application. Seulement il a laissé le soin à la doctrine, comme le demandait le tribunat, d'en déterminer l'étendue et les caractères. « Il n'y a pas lieu de s'étonner, — écrit à ce propos M. Brocher,

(1) De Saint-Joseph, *op. cit.*, III, pp. 345 et 375.

« — de ce que les rédacteurs placés en face de questions qu'il leur « semblait possible de résoudre législativement, sans compro- « mettre les exigences d'une bonne pratique, se soient efforcés « de satisfaire à cette partie de leur tâche; et que, pour le reste, « ils l'aient laissé dans le champ de la doctrine. Cela ne veut « pas dire qu'ils aient repoussé les anciennes règles; mais bien « seulement qu'ils ont refusé de les convertir en lois revêtues de « l'autorité impérative qui s'attache naturellement à ce genre « de dispositions (1). »

D'après la loi française la forme extérieure des actes est donc réglée par la loi du pays où ils sont passés, ou, si on l'aime mieux, l'*instrumentum* d'un acte est soumis, quant à sa forme, à la loi du lieu où il est fait. C'est la vieille règle bien connue : *locus regit actum.*

En vertu de cette règle, la forme suivant laquelle devra être rédigé le contrat de mariage sera celle prescrite ou permise par la loi du lieu de sa passation. Ce sera cette loi qui déterminera d'abord si l'acte contenant les conventions matrimoniales doit être authentique ou non; en second lieu, si l'acte présenté est bien authentique, ou, au cas où l'authenticité n'est pas exigée, s'il est valable en sa forme.

114. — Duranton enseigne que « cette règle ne s'applique « qu'aux actes publics et non aux actes sous signatures « privées (2). » Les actes pour la validité desquels la loi française exige l'authenticité, tels, par exemple, que le contrat de mariage, ne pourraient être valablement faits en pays étranger que dans la forme authentique, lors même que la loi étrangère n'exigerait pas cette formalité; mais cette loi déterminerait les conditions de l'authenticité. La règle *locus regit actum*, dit Duranton, a été imposée par la nécessité, elle doit être restreinte à la mesure de la nécessité. Or, la condition de l'authenticité pouvant toujours

(1) Brocher, *op. cit.*, t. I, n° 49, p. 127.

(2) T. I, p. 56.

être remplie en pays étranger, il n'existe donc aucun motif d'en dispenser le Français qui s'y trouve.

Avec Fœlix (1), « nous regardons comme une erreur l'opinion « professée par M. Duranton. » En effet, la règle *locus regit actum* s'applique à la forme des actes; or, la différence entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé est uniquement une différence de forme. La forme sous seing privé, dans un pays qui l'admet pour le contrat de mariage, doit équivaloir à la forme authentique dans un autre pays, en France, par exemple, où l'authenticité est exigée.

D'ailleurs la nécessité l'exige ainsi. Duranton est un peu absolu quand il affirme que la condition de l'authenticité pourra toujours être remplie en pays étranger. Nous avons indiqué les diverses formes admises en Russie : il y en a trois en dehors de la forme sous seing privé, mais aucune d'elles ne porte le nom d'authentique ; laquelle exigera-t-on pour le contrat de mariage comme correspondante à ce qu'on appelle chez nous la forme solennelle ? Il n'existe pas en tous pays des officiers publics chargés de dresser les actes auxquels on voudrait ou devrait donner l'authenticité. Lors même qu'il en existerait, il peut parfaitement ne pas rentrer dans leurs attributions de recevoir un contrat de mariage ; et alors que faire ?

On comprendrait, à la rigueur, cette exigence, lorsque ce sont deux individus de la même nation qui contractent à l'étranger ; mais si, par exemple, c'est un français qui contracte avec un étranger, comment s'y prendra-t-on pour obliger ce dernier à contracter suivant les formes d'une loi qui n'est pas la sienne, qu'il ne connait pas ? Et ne serait-ce pas contraire à la bonne foi d'annuler un acte parce qu'il n'aurait pas été fait dans la forme prescrite par la loi française, loi dont l'étranger n'est pas tenu de connaître les dispositions ?

Enfin les textes mêmes du code civil sont contraires à cette opinion. Ils supposent que le français peut passer à l'étranger des

(1) Fœlix, *op. cit.*, t. I, n° 79, p. 159.

actes solennels en d'autres formes que celles que consacre le code. Est-il rien de plus solennel que l'acte de mariage? et pourtant l'article 170 déclare valable le mariage célébré à l'étranger suivant les formes locales. La jurisprudence, dans l'application de ce texte, va jusqu'à valider, et avec raison, des mariages célébrés sans aucune forme, simplement établis par la commune renommée.

115. — Aubry et Rau (1), Demolombe (2), Fœlix, Asser (3), Brocher (4), adoptent cette manière de voir. La jurisprudence se prononce dans le même sens et d'une façon très large. Nous avons vu, dans notre chapitre précédent, que la Cour de Cassation va si loin dans cette voie, qu'elle fait rentrer sous l'empire de la maxime *locus regit actum* les prescriptions des articles 1394 et 1395, décision que nous avons critiquée. Cette même Cour a encore décidé que cette maxime pouvait être invoquée pour les actes passés par les français dans les Echelles du Levant, le privilège d'exterritorialité dont ils y jouissent en vertu des anciennes capitulations obtenues de la Porte ottomane laissant subsister l'application de cette maxime (5). On peut dire que la jurisprudence française est constante et unanime en ce sens (6).

Cependant un jugement récent (8 avril 1886) du tribunal de Boulogne-sur-Mer décide que si des époux étrangers peuvent suivre la loi de leur pays pour régler entre eux leur association conjugale, *ils sont tenus, vis-à-vis des tiers, d'observer pour le contrat les formalités usitées au lieu de leur domicile matrimonial* (7). Si ce jugement, à cause des faits, a pu avec raison

(1) T. I, § 5, note 70, p. 109.
(2) T. 1, n° 106, p. 127.
(3) N° 27.
(4) T. I, n° 49, p. 123.
(5) Cass., 18 av. 1865 ; D. P., 65, 1, 342.
(6) Paris, 11 mai 1816, Sir. 1817, 2, 10; — 22 nov. 1828, Sir. 29, 2, 177; — Cass., 12 juin 1855, D. P., 55, 1, 389.
(7) *Pandectes françaises*, recueil périodique, 1886, 2, 342.

déclarer non opposable aux tiers le contrat de mariage sur lequel il avait à statuer, il aurait dû s'en tenir là; mais il a voulu faire des incursions dans le domaine de la théorie en matière de droit international privé, et ses incursions n'ont pas été heureuses.

Des fiancés se marient en France et y rédigent leur contrat de mariage; leur intention est d'aller s'établir en Russie ou en Turquie; ce sera là leur domicile matrimonial : le tribunal de Boulogne-sur-Mer déciderait-il, dans ce cas, que le contrat de mariage devrait être rédigé suivant les formes russes ou turques? Nous nous permettons d'en douter. Cette décision est d'ailleurs isolée, fort heureusement.

La majorité des auteurs et, on peut le dire, malgré le jugement du tribunal de Boulogne-sur-Mer, une jurisprudence unanime, décident que le contrat de mariage est régi quant à sa forme par la loi du lieu où il est dressé. C'est la consécration de la maxime *locus regit actum*. Nous avons démontré que cette solution était conforme aux textes de nos lois.

§ II. — *Publicité du contrat de mariage.*

116. — Le plus grand nombre des législations, comme la loi française, organisent bien un mode de publicité du contrat de mariage, afin de prémunir les tiers contre toute surprise; mais toujours ces sortes de prescriptions n'obligent guère que les nationaux ou les étrangers qui se marient suivant les formes usitées dans le pays.

L'officier de l'état civil qui célèbre le mariage doit, en France, interpeller les parties sur le point de savoir s'il a été fait un contrat de mariage ou non et mentionner leur déclaration (75 et 76 civ.). Le code de commerce ordonne aux époux dont l'un est commerçant, de transmettre par extrait le contrat de mariage à certains greffes et Chambres de notaires et avoués, ainsi que nous l'avons vu. Cet extrait doit indiquer si les conjoints sont mariés en communauté, séparés de biens ou s'ils ont contracté sous le régime dotal. Si l'un d'eux ne devient

commerçant que dans le cours du mariage et qu'il soit séparé de biens ou marié sous le régime dotal, il est tenu de remplir les mêmes formalités (art. 67 et 69 com.).

Si le français se marie à l'étranger et y établit son domicile, que décider ? Que décider pour l'étranger marié qui contracte en France? Comment les tiers seront-ils avertis de l'existence d'un contrat de mariage ? Ce sont autant de questions à peu près insolubles.

117. — La jurisprudence décide que ce sont là des questions de formes que, par conséquent, elles dépendent de la règle *locus regit actum :* « Attendu, — dit un arrêt de la Cour de Rennes du « 4 mars 1880, — que le contrat de mariage de la dame Guitton « est opposable par elle aux tiers, bien qu'il n'ait pas été publié « dans les greffes des tribunaux de première instance et de « commerce et dans les Chambres des avoués et des notaires de « Nantes; qu'au moment où ce contrat a été passé, P. Guitton « habitait Sainte-Marie de Belem du Grand-Para (Brésil), où il « exerçait la profession de commerçant; que le contrat devait « être passé et le mariage célébré suivant les formes de la loi « brésilienne (C. civ., 47); que ni la loi du 10 juillet 1850, ni « l'art. 67 C. com. n'étaient donc applicables (1). »

Le tribunal de Boulogne-sur-Mer, dans le jugement que nous avons cité, décide que les étrangers qui se marient devant leur ambassadeur doivent observer les prescriptions de la loi de 1850 et, si l'un d'eux est commerçant l'article 67 du cod. de com.

Nous croyons que la Cour de Rennes a raison. Le Français contractant à l'étranger peut être dans l'impossibilité d'observer les prescriptions relatives à la publicité. S'il n'a ni domicile ni résidence en France, où fera-t-il les publications dont parlent nos textes ?

Cette solution s'impose *a fortiori* pour l'étranger. Les tiers peuvent savoir que la personne avec laquelle ils se proposent de contracter est mariée. S'ils ne trouvent rien en France qui les

(1) D. P. 1881, 2, 210 et s.

éclaire sur le régime matrimonial de leur cocontractant, ils devront prendre toutes précautions et informations utiles pour ne traiter qu'en connaissance de cause, au besoin mettre l'étranger en demeure de faire connaître le régime sous lequel il se trouve marié et refuser de s'engager avec lui s'il ne veut pas se rendre à cette demande légitime.

Cependant, si l'étranger a un domicile, une résidence ou un établissement commercial en France, nous croyons qu'il devra observer les prescriptions des articles 67 et 69 du c. de com. Il n'y a aucune raison de l'en dispenser. Sur ce point donc le tribunal de Boulogne-sur-Mer a bien jugé.

Les solutions que nous donnons sont conformes à la jurisprudence qui a cours sur la nature et les effets des articles 75 et 76 du code civil, 67 et 69 du cod. de com. Pour ces derniers, il est admis qu'ils ne prescrivent pas la transcription du contrat de mariage à peine de nullité, mais que leur omission se résout en une simple amende, et, en cas de collusion, en la destitution du notaire et sa responsabilité vis-à-vis des tiers. Cette omission peut aussi, pour les parties, entraîner la banqueroute en cas de faillite.

SECTION II

DROIT COMPARÉ.

118. — La règle *locus regit actum* est unanimement reconnue dans les pays du code Napoléon : en Belgique, Alsace-Lorraine, dans la Prusse rhénane et dans les cantons de la Suisse qu'on peut appeler français.

Le code général prussien déclare expressément que la forme d'un contrat sera jugé d'après la loi du lieu où il a été passé (I, tit. 5, § 111). Le code civil d'Autriche ne consacre pas textuellement le principe, mais l'applique dans diverses dispositions, notamment dans son § 37. Les codes Bavarois et de Wurtemberg admettent aussi notre règle.

Le code civil de Bade déclare que les actes passés dans le duché sont régis, quant à la forme, par les lois du pays. On doit

admettre par réciprocité que les actes passés hors du duché seront soumis, pour leur forme, aux lois du lieu de leur rédaction.

L'article 10 du code néerlandais porte que « la forme de tous « les actes est régie par la loi du pays ou du lieu où l'acte a été « passé. »

Le code des Deux-Siciles, disparu depuis la promulgation du code italien, n'énonçait pas le principe général, mais l'appliquait dans ses articles 49, 180 et 925 qui n'étaient que la reproduction de nos articles 47, 170 et 999 du cod. civ.

Le droit russe admet aussi la règle *locus regit actum :* « L'acte « passé à l'étranger, — lisons-nous au Digeste, — d'après les « formes qui y sont en vigueur, bien que non conforme au mode « adopté en Russie, sera néanmoins admis à faire preuve jusqu'à « la production de moyens propres à en infirmer l'authenticité » (lois civ. X, supplément 546).

Une loi du royaume de Grèce des 11-23 février 1830 consacre également ce principe. Le code civil d'Haïti reproduit nos articles 47, 170, 999 et 1000 du code civil.

119. — Le code Sarde exige la réciprocité pour l'application de notre règle. Un acte ne sera donc valable en la forme, en Sardaigne, qu'autant qu'un acte rédigé suivant les formes sardes serait valable dans le pays du premier.

Le code de la Louisianne apporte aussi une modification. Les actes passés dans un pays pour être exécutés dans un autre doivent revêtir la forme exigée par les lois du pays où ils recevront exécution.

Une exception très radicale est édictée par le code civil du Chili. Dans tous les cas où les lois de ce pays exigent la forme authentique pour un acte fait au Chili, cet acte doit être, n'importe où, rédigé dans la forme authentique.

D'après la loi anglaise, les contrats relatifs aux immeubles sont régis, quant à la forme, par la loi de la situation. Cependant quand il y a un contrat de mariage, les cours d'Angleterre en sanctionnent les clauses.

SECTION III

CONCLUSION. — LOI APPLICABLE D'APRÈS LES PRINCIPES RATIONNELS.

120. — La forme des actes est régie par la loi du lieu de sa passation. Tel est le principe qui s'impose rationnellement, et qui devrait être appliqué sans exception ni modification. Toutes les fois donc qu'un contrat de mariage aura été rédigé suivant les formes prescrites ou permises dans le lieu de sa rédaction, il sera valable partout, quelles que soient les formes exigées, soit par la loi nationale des époux, s'ils ont une même patrie, soit par la loi du pays ou des lieux où il recevra exécution.

Ce principe se justifie par une raison de nécessité. Il sera souvent impossible de suivre une autre loi que celle du pays où l'on se trouve; la chose fut-elle possible, qu'il y aura encore souvent impossibilité de connaître les formes prescrites par la législation d'un pays étranger. Si les individus qui contractent sont de nationalités différentes, aucun d'eux ne peut imposer à l'autre l'application de sa loi; se soumettre à celle de l'état sur le territoire duquel on rédige l'acte tranche toute difficulté. Si l'on fait un acte relatif à des biens situés dans divers lieux, ce qui peut arriver facilement dans un contrat de mariage passé entre des étrangers, sans notre règle, on serait obligé de faire autant de contrats qu'il y aurait de biens en pays divers. C'est inadmissible.

121. — Quelques auteurs, notamment M. Laurent, font une distinction entre les formes solennelles et les formes non solennelles, et n'appliquent le principe qu'aux dernières; la règle *locus regit actum* ne déciderait pas du caractère même de l'acte. Un Français passant un contrat de mariage à l'étranger serait tenu de le faire en la forme authentique. Voici comment raisonne M. Laurent :

« On prétend qu'il ne s'agit que d'une forme extrinsèque et « non d'une forme intrinsèque concernant le fond. Ici, nous « semble-t-il, est l'erreur. Quand les parties rédigent un acte de

« vente, il est évident que la forme n'a rien de commun avec le « fond, avec le contrat. Mais en est-il de même de la donation? « Non, certes, puisque d'après les termes formels de l'article 1339 « (cod. civ. franc.), le vice de forme entraîne non seulement la « nullité de l'écrit, mais encore la nullité, il y a plus, l'inexis- « tance de la donation. — Le vice à vrai dire n'est pas dans la « forme, il est dans le consentement, ce qui concerne évidemment « le fond. En effet, dans les contrats solennels, le consentement « n'existe que quand il est exprimé dans les formes voulues par « la loi. Quand les formes n'ont pas été observées il n'y a pas de « consentement et partant pas de contrat. Nous en concluons « qu'un contrat solennel pour lequel la loi française prescrit « l'authenticité ne peut pas être reçu à l'étranger sous seing « privé. Est-ce violer la maxime *locus*... ? Du tout. Car pour juger « de la validité de l'acte authentique reçu à l'étranger, on appli- « quera la loi du lieu où l'acte a été passé et non la loi française. « L'authenticité est de l'essence de l'acte; la forme de l'authenti- « cité est une condition intrinsèque (1). »

Dans la suite de ces développements, M. Laurent dit qu'en principe la volonté des contractants fait la loi en matière de conventions, sauf quand l'intérêt public est en cause, et, suivant lui, l'authenticité prescrite à peine de nullité serait toujours fondée sur un motif d'ordre pubulic.

Sur le contrat de mariage, il s'exprime ainsi : « La solennité ne « dépend pas de la loi du lieu où les biens sont situés, elle dépend « de la loi personnelle ou nationale des futurs époux et s'ils sont « de nationalité différente, de la loi du mari puisque la femme en « se mariant acquiert la nationalité du mari : tandis que la « solennité des hypothèques et des donations dépend de la loi de « la situation des biens. Quelle est la raison de cette différence? « C'est l'intérêt social qui est décisif. Or, en matière d'hypothèques « et de donations, cet intérêt est territorial; donc le statut de « solennité est territorial. En matières de conventions matrimo-

(1) Laurent, *Principes du droit civ. franc.* T. I, p. 381.

« niales, au contraire, l'intérêt est personnel et partant national. « Pourquoi le législateur a-t-il fait du contrat de mariage un « acte solennel? C'est à raison de l'importance de ce contrat qui « forme un pacte entre les deux familles et régit les époux pen- « dant toute la vie et les tiers qui contractent avec eux : or, les « clauses de ce contrat sont d'une difficulté telle que les juris- « consultes sont parfois embarrassés pour en déterminer la « nature et les effets : il fallait donc y faire intervenir un homme « de loi qui put éclairer les futurs époux et leurs familles sur le « sens et la portée des conventions qu'ils se proposent de faire. « Ces considérations n'ont rien de commun avec le territoire; « elles sont toutes personnelles, donc le statut est personnel, « c'est-à-dire national. »

M. Laurent ne se paie-t-il pas ici de mots ? Et d'abord relevons une erreur. Cet auteur nous dit que si les époux sont de nationalité différente, on suit la loi du mari *puisque la femme en se mariant acquiert la nationalité du mari.* C'est, en effet, *en se mariant* que la femme acquiert la nationalité du mari, mais non en faisant son contrat de mariage. Ce dernier, dans beaucoup de législations, doit être fait avant le mariage, c'est-à-dire à un moment où la femme est encore pleinement indépendante, où elle conserve sa nationalité propre et n'a pas encore pris celle de son mari. En vertu de quel droit le mari viendrait-il lui imposer sa loi ?

L'argument principal de M. Laurent se réduit à ceci : dès là qu'une loi impose à un acte une forme solennelle à peine de nullité, la solennité devient une condition de fond qu'on doit observer partout. Est-ce exact? Cette distinction entre les formes solennelles et les formes non-solennelles n'existe nulle part. Toutes les législations qui s'occupent d'établir les conditions nécessaires à la validité d'un acte juridique n'en mentionnent que trois : le consentement, l'objet et la cause. En dehors de ces conditions de fond et de la capacité que reste-il ? les conditions de forme. Et parce qu'une loi prescrit l'observation de quelques-unes de ces dernières, dans des cas donnés, à peine de nullité, s'en suit-il que leur nature change ? Il fallait bien que

le législateur donnât une sanction à ses prescriptions et la plus efficace était assurément la nullité. L'authenticité n'en reste pas moins une question de forme.

M. Laurent essaie bien de faire de l'authenticité une condition de fond, en disant que son défaut constitue un vice du consentement; « dans les contrats solennels — dit-il — le consentement « n'existe que quand il est donné dans les formes voulues par la « loi. » En admettant comme fondée cette manière de voir, l'argument de M. Laurent ne vaudrait pas en faveur de sa théorie. Nous verrons, en effet, dans le chapitre suivant, que les conditions de fond d'un contrat, et le consentement en est une, sont régies par la loi applicable au contrat et que cette loi est déterminée par la volonté des parties. Si bien que la loi, qui réglerait le point de savoir si l'acte doit revêtir la forme solennelle ou non, ne serait ni la loi de la situation des biens, ni la loi nationale des contractants, mais la loi choisie par les parties.

Quant à l'ordre public, nous ne voyons pas en quoi il est atteint parce qu'un Français aura fait, à l'étranger, un contrat de mariage par acte sous seing privé, suivant les formes de la loi locale.

C'est trop oublier les motifs de notre règle, or « les motifs — « dit M. Laurent lui-même — c'est tout le principe, ils décident « toutes les difficultés qui se présentent dans l'application de « la loi. » Le motif principal, la raison d'être incontestable de la règle *locus regit actum*, c'est la nécessité. On doit donc en admettre l'application toujours et partout; sans quoi on arriverait à frapper d'une sorte d'incapacité des individus dont la loi ne formule aucune prohibition.

Le contrat de mariage sera donc valable toutes les fois qu'il aura été rédigé suivant les formes prescrites ou permises par la loi du lieu de sa rédaction.

122. — Le contrat de mariage devra-t-il être passé suivant ces formes? En d'autres termes, la règle *locus regit actum* est-elle impérative ou facultative?

Elle est l'un et l'autre. Toutes les fois que les contractants

en présence seront de nationalité différente, la règle sera impérative. Ils devront observer les formes prescrites au lieu où l'acte est passé. Cela est évident, si le contrat est fait dans le pays auquel l'un des époux appartient par sa nationalité; cet époux est lié par sa loi et ne peut s'y soustraire. Que si les contractants sont tous deux étrangers l'un à l'autre et au pays où ils traitent, la règle sera encore obligatoire. Un Français et une Anglaise contractent en Allemagne : pourquoi suivrait-on la loi française plutôt que la loi anglaise *et vice versa?* Ce sera la loi locale qui devra nécessairement être suivie. Les intérêts des parties seront mieux sauvegardés, car il leur sera plus facile de se renseigner sur la loi du lieu où ils se trouvent, d'en connaître les effets, que sur la loi nationale de l'une d'elles.

Mais si les deux parties sont de la même nationalité, nous ne voyons plus aucune raison de leur interdire de suivre leur loi nationale pour obéir aux prescriptions d'une loi étrangère. Sans doute la règle *locus regit actum* est née de la nécessité, mais elle est aussi une faveur : on veut assurer à l'individu hors de sa patrie, l'entier exercice de son activité contractuelle. Il peut renoncer à cette faveur. La loi nationale pourra-t-elle déclarer nul un acte fait conformément à ce qu'elle ordonne? Assurément non, et les tribunaux étrangers devraient valider un acte fait dans de telles conditions. Le code italien a une disposition formelle en ce sens et déclare valable les actes faits en Italie conformément à la loi nationale des parties (art. 9, § 1). Le jugement du tribunal de Boulogne-sur-Mer, que nous avons cité, se prononce en sens contraire. Par contre, Aubry et Rau, Fœlix se prononcent en faveur de notre solution. « Les actes passés à l'étranger « par des Français, — disent Aubry et Rau (1), — dans les formes « prescrites par la loi française sont valables en France et « devraient l'être même à l'étranger, bien que la loi étrangère « prescrive des formes différentes... Par réciprocité, les juges « français devraient admettre comme valables, même quant aux

(1) Aubry et Rau, t. I, § 31, V. p. 112.

« biens situés en France, les actes que des étrangers y ont passés « dans les formes réglées par la loi de leur pays. »

123. — Y a-t-il des exceptions à la règle que nous venons d'établir ? On en propose plusieurs. A en croire certains auteurs, l'adage *locus regit actum* ne pourrait être invoqué lorsque l'acte a été fait à l'étranger pour éluder la loi nationale, car alors il y a fraude et la fraude fait exception à toutes les règles.

Y a-t-il réellement fraude en pareil cas ? N'est-on pas libre de choisir, pour faire un acte, le pays dont les lois sont le plus favorables ? Incontestablement le législateur peut interdire certains actes ; alors il édictera des dispositions spéciales en vue de l'hypothèse où ces actes seraient faits à l'étranger. Mais quand l'acte est permis et qu'il ne s'agit plus que d'une question de forme, l'exception qu'on veut apporter à notre principe n'a plus sa raison d'être. La possibilité de la fraude n'apparaît guère.

On a voulu apporter une exception pour les actes concernant les immeubles ; ces actes devraient revêtir les formes exigées au lieu de la situation. Cette exception est difficile à justifier. Qu'on ne l'oublie pas, notre règle est imposée par la nécessité et cette nécessité ne disparaît pas quand les actes sont relatifs à des immeubles. Il y aura évidemment certains actes accessoires qui ne pourront revêtir que la forme du lieu de la situation parce qu'ils ne peuvent être faits que dans ce lieu, telle est la transcription en matière de transmission de propriété.

124. — Notre règle s'applique aussi à la question de savoir quels sont les moyens de preuve à l'aide desquels on est admis à établir devant les tribunaux l'existence d'actes juridiques faits à l'étranger, ou les modifications qu'ils peuvent y avoir subies. Nous avons vu que dans le droit commun allemand, la rédaction d'un écrit n'est pas nécessaire pour les conventions matrimoniales qui ne contiennent pas de donations importantes. Ces conventions se prouvent par témoins. La preuve testimoniale devra être partout admise pour établir l'existence de semblables conventions.

125. — En ce qui concerne la publicité du contrat de mariage, il est difficile d'établir une règle. Comment obliger un étranger à rendre public, en France, son contrat de mariage? La loi de 1850 est, par ses prescriptions mêmes, inapplicable à l'étranger marié qui vient en France et y contracte. Il voudrait rendre public son contrat de mariage qu'il ne le pourrait pas.

Les tiers qui veulent traiter avec un étranger peuvent exiger de lui la production de son contrat de mariage, ou, tout au moins, la déclaration du régime sous lequel il est marié. Si l'étranger refuse, ils ne traiteront pas avec lui. Les époux étrangers menacés de perdre tout crédit, se montreront plus faciles.

Cependant pour les commerçants, dans les pays où, comme en France, il existe un mode de publicité analogue à celui prescrit par nos articles 67 et 69 du code de commerce, nous n'hésitons pas à dire que l'étranger qui vient y fixer un établissement commercial devra se conformer à ces sortes de prescriptions. Il vient dans le pays en qualité de commerçant, en cette qualité il doit subir les obligations qu'impose la loi commerciale dans l'intérêt des tiers. L'article 67 devrait même être complété. Un étranger, commerçant, domicilié en France, va se marier dans sa patrie. Il ne fait pas de contrat de mariage, sa loi peut le soumettre à un régime de séparation de biens. Notre loi devrait lui imposer l'obligation de déclarer quelle est la loi qui régit les conditions civiles de son mariage. Les tiers n'auraient plus qu'à s'inquiéter de connaître le régime légal consacré par la loi de l'étranger.

CHAPITRE IV

DE LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT DE MARIAGE CONSIDÉRÉ AU POINT DE VUE DU RÉGIME DES BIENS QU'IL ÉTABLIT ENTRE ÉPOUX.

126. — Par l'étude que nous avons faite des divers régimes de biens entre époux admis par les différentes législations, on comprend tout l'intérêt de la question qui nous reste à examiner. Cette question est celle de savoir quelle loi est applicable au contrat de mariage considéré au point de vue du régime des biens qu'il établit entre époux. Pour qu'elle se pose il faut un mariage fait à l'étranger ou entre étrangers. Si des Français se sont mariés en France, ils sont en principe régis par la loi française. Mais s'ils se sont mariés à l'étranger, il n'en est plus ainsi, ou du moins il peut y avoir doute sur la loi applicable à leurs conventions et, à défaut de conventions, sur le régime qui règlera leurs intérêts pécuniaires. Si un Français se marie avec une étrangère à l'étranger, les doutes se multiplient. Même au cas où des Français se sont mariés en France, il se présente une question de droit international privé, quand ils possèdent des biens à l'étranger : ces biens seront-ils soumis au régime matrimonial français ou au régime organisé par la loi de leur situation ?

La question dont nous allons chercher la solution se présente à nous sous un double aspect :

1° Les époux ont fait un contrat de mariage; d'après quelle loi jugera-t-on de ses effets et de sa valeur? Ces effets et cette valeur seront-ils limités au pays où le contrat a été fait et aux biens qui y sont situés? Devra-t-on, au contraire, les étendre à l'étranger et leur donner action sur les biens qui s'y trouvent, quelle que soit leur nature.

2° Les époux n'ont pas fait de contrat; quelle loi déterminera et organisera le régime auquel ils sont soumis ?

Cette double question se résout par des principes identiques. Pour la traiter, continuant la marche que nous avons suivie jusqu'ici, nous allons rechercher les solutions que lui ont données le droit français et les diverses législations. Nous établirons ensuite la solution rationnelle qui doit être admise; nous en indiquerons les conséquences principales et l'étendue d'application.

SECTION I

LOI APPLICABLE AU CONTRAT DE MARIAGE OU AU RÉGIME DES BIENS ENTRE ÉPOUX D'APRÈS LES DIVERSES LÉGISLATIONS.

§ I. — *Droit français.*

A. — Un contrat de mariage a été rédigé.

127. — Un contrat de mariage a été rédigé; quelle loi régit ce contrat?

« La loi, — dit l'art. 1387 du code civil, — ne régit l'asso-« ciation conjugale quant aux biens, qu'à défaut de conventions « spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à « propos..... » Il leur est cependant défendu, aux termes de l'article 1390, de « stipuler d'une manière générale que leur « association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou « statuts locaux » qui existaient avant le code sur le territoire français.

Il faut conclure de là, que la loi applicable aux conventions matrimoniales sera celle qu'il aura plû aux époux de choisir, à laquelle ils auront voulu se soumettre, qu'ils auront fait leur, par le contrat, pourvu que ce ne soit pas, d'une façon générale, une des anciennes coutumes françaises. Ordinairement, quand deux Français se marient en France, et qu'ils rédigent un contrat, il n'y aura guère de difficultés ; ce sera la loi française qui gouvernera ce contrat. Mais si nous supposons ce contrat passé à l'étranger, ou s'il est fait par deux étrangers se mariant en France, ou encore par un Français et une étrangère, quelle sera la

loi applicable au contrat dans ces divers cas ? Celle que les époux auront choisie ; et s'il n'appert pas du contrat que ce choix a été fait, si rien n'indique la loi à laquelle on a voulu se référer, sur quoi se basera le tribunal appelé à se prononcer, pour juger que telle loi, à l'exclusion de toutes autres, doit être appliquée au contrat ? D'où s'induira la volonté des futurs époux ?

128. — Cette question trouve sa solution dans un seul fait : le domicile matrimonial, c'est-à-dire le domicile que les futurs époux semblent adopter pour y fixer leur existence commune. Les interprètes du code et la jurisprudence suivent en cela la tradition.

L'ancien droit considérait les conventions matrimoniales comme dépendant des statuts, et tant que la France a été gouvernée par des coutumes variant d'une province et même d'une ville à l'autre, la question de savoir par quelle coutume était régi les biens des époux se présentait tous les jours entre habitants d'un même état. Pour la décider, on s'attachait au domicile des époux avec préférence pour celui du mari qui devenait le domicile de la femme par le mariage. De là est venue la doctrine du domicile. Comme on faisait dépendre du statut personnel le régime des biens des époux, on en appliquait à ce régime la théorie ; or, ce statut dépendant du domicile était par lui déterminé ; il s'ensuivait que le régime des biens était également déterminé et régi par la loi, la coutume du domicile des parties. Si la femme avait un domicile distinct de celui du mari, on s'en tenait à ce dernier, parce que la femme abandonne son domicile pour prendre celui du mari.

Aujourd'hui, on reconnaît généralement que le régime des biens entre époux ne dépend plus du statut, ne forme pas un statut personnel : il dépend de la volonté des parties, tout, chez lui, est conventionnel. Il faut donc se débarrasser de la théorie des statuts, en cette matière, et de la tradition ; mais on n'y arrive pas.

Merlin maintient le langage traditionnel, tout en posant le vrai principe. A propos de l'article 3 qui déclare tous les immeubles

situés en France régis par la loi française, il remarque que ce texte, le statut qu'il consacre, reçoit exception quand des étrangers possédant des immeubles en France, adoptent expressément dans leur contrat de mariage la loi étrangère. Merlin se demande ensuite si la même solution doit être admise au cas où les parties ont passé leur contrat dans un pays autre que celui de la situation des biens. Il répond qu'en général l'affirmative n'est pas douteuse. Il est de principe que les contrats s'interprètent par la loi du lieu où ils ont été passés. Mais ce principe reçoit une exception en matière de contrat de mariage. Ce contrat étant toujours censé passé, non dans le lieu où le mariage se célèbre, mais dans celui où les époux se proposent, en le célébrant, de fixer leur domicile et que l'on appelle pour cette raison le domicile matrimonial, c'est par la loi de ce lieu qu'on interprète les conventions matrimoniales (1).

Guillouard dit aussi : « Si un étranger épouse une Française, « leurs conventions matrimoniales seront régies par la loi du « domicile que vont prendre les époux aussitôt après le mariage, « et, en cas d'incertitude sur ce point, par la loi du domicile du « mari étranger (2). » M. Demolombe, après avoir exposé qu'anciennement on pensait que « c'était la loi du domicile « matrimonial qui régissait les biens appartenant aux époux « dans quelque pays qu'ils fussent situés, » conclut également : « Il me paraît difficile de ne pas admettre encore aujourd'hui « les anciens principes sur ce point (3). »

En général, les auteurs se sont peu et même pas du tout occupés de cette hypothèse, de savoir quelle loi devait être appliquée au contrat de mariage, mais uniquement de savoir quelle loi régit l'association conjugale quant aux biens, quand il n'a pas été fait de contrat de mariage.

La jurisprudence a eu rarement à statuer dans le cas qui

(1) Merlin, *Répertoire*, v° loi, § 6, n° 2.

(2) *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 338, p. 315.

(3) T. I, n° 87.

nous occupe. Nous avons pourtant cité un arrêt de la Cour de Cassation (chap. II, n° 102) qui sanctionne le vrai principe : « Attendu, — dit-il, — que le choix du régime auquel doivent « être soumis les intérêts civils des époux dépend de leur « volonté et de celle des personnes qui doivent les assister s'ils « sont mineurs. » Cet arrêt déclare valable un contrat rédigé après la célébration du mariage, parce que les époux avaient voulu se soumettre aux lois en vigueur en Toscane et que ces lois autorisent le contrat de mariage rédigé dans ces conditions.

Deux arrêts de Cour semblent soumettre le contrat de mariage à la loi du lieu de sa passation. La Cour de Chambéry a décidé que les effets du contrat de mariage sont régis par la loi sous l'empire de laquelle ce contrat a été passé (1). « Attendu, — dit « d'autre part la Cour d'Angers, — que la femme Perraud, « Française, mariée avec un Suisse, a, il est vrai, suivi la natio- « nalité de son mari ; mais que son mariage contracté en « France et les conventions qui le règlent passées en France, « sont, en droit commun, régis par la loi française et relèvent de « la juridiction française (2). » Cette opinion est inadmissible, nous le démontrerons plus loin. Elle est d'ailleurs contraire aux termes de l'article 1387 qui laisse pleine liberté aux futurs époux.

B. — Aucun contrat n'a été rédigé.

129. — Quelle loi régit les biens des époux en l'absence de stipulations ? Tous les auteurs se sont occupés de cette question et la jurisprudence a eu souvent à se prononcer sur elle.

« Lorsque les futurs époux sont domiciliés dans le même pays, « — nous dit M. Guillouard, — la doctrine ancienne et la doctrine « moderne répondent généralement qu'on appliquera la loi de « leur domicile au moment de leur mariage...

(1) 19 juin 1861 ; — D. P., 62, 5, 86.

(2) 4 février 1875 ; — D. P., 75, 2, 126.

« La question est plus difficile si, comme il arrive fréquem-
« ment, un seul des futurs époux est domicilié à l'étranger et
« l'autre en France : les uns tiennent pour le domicile du mari,
« les autres, dont nous adoptons l'opinion, pour le domicile ma-
« trimonial, c'est-à-dire, pour le lieu où les époux se sont fixés au
« moment de la célébration du mariage (1). » Pourquoi ? parce que « à défaut de stipulation contraire, il est probable que les « époux ont eu en vue la loi du lieu où ils vont fixer leur domi-
« cile (2). »

M. Guillouard résume très exactement la doctrine française. Elle admet en effet que c'est la loi du domicile matrimonial qui déterminera le régime des biens entre époux. On présume qu'ils ont voulu adopter ce régime. « Lorsqu'il s'agit de mariages « contractés entre Français et étrangers, disent MM. Aubry et « Rau, — on doit présumer que les époux ont entendu adopter « le régime formant le droit commun du pays où ils ont établi « leur domicile matrimonial, quelque soit d'ailleurs le lieu où le « mariage a été célébré (3). »

Cette doctrine est enseignée par M. Demolombe et par Merlin comme nous l'avons vu, par Duranton (4), Troplong (5), Rodier et Pont (6), et en général par les auteurs français. Cependant Odin (7) prétend que c'est la loi du domicile du mari au moment du mariage qui régit l'association conjugale; Fœlix (8) et Dalloz soutiennent la même opinion : « C'est la loi à laquelle les époux « sont présumés avoir voulu se référer, — dit Dalloz, — c'est-à-
« dire la loi du domicile du mari. Ce principe applicable autrefois « aux Français qui se mariaient hors du territoire de leur cou-
« tume, s'applique aujourd'hui aux Français qui se marient hors

(1) *Op. cit.*, nos 336 et 337, pp. 312 et 313.
(2) *Ibid.*
(3) T. V, § 504 *bis*, pp. 274-275.
(4) XIV, n° 88.
(5) I, n° 33.
(6) *Contrat de mariage*, I, n° 36.
(7) *Contrat de mariage*, I, 47 à 51.
(8) I, n° 90 (3me édition).

« de France ou aux étrangers qui se marient en France (1). » Mais « à notre avis, — disent Aubry et Rau, — cette manière « de voir n'est pas exacte. Le domicile du futur époux ne saurait « être considéré comme indiquant par lui-même et nécessaire- « ment de la part de la future épouse, l'intention de se « soumettre à la loi de ce domicile. C'est le lieu où les futurs « conjoints se proposaient de fixer le siège de leur association « conjugale qu'il convient, avant tout, de prendre en considération « pour déterminer leur commune intention, quant au régime « auquel ils entendaient se soumettre ; et ce n'est qu'en l'absence « de circonstances de nature à indiquer le contraire, qu'ils « doivent être présumés avoir voulu établir leur domicile matri- « monial au lieu du domicile du mari (2). »

130. — Il est généralement admis, en France, que les conventions matrimoniales une fois déterminées, qu'elles soient écrites ou tacites, devront s'exécuter partout, mais dans celles de leurs clauses qui ne heurtent pas l'ordre public local. La Cour de Cassation a jugé que « des époux anglais, mariés en Angleterre « sans contrat de mariage, sont soumis, même en France, à la « règle de la législation anglaise d'après laquelle la femme qui se « marie sans contrat n'est point commune en biens et ne peut « point acquérir d'immeubles avec son mari. — La loi anglaise « les a suivis en France ; elle a la même force que si une conven- « tion formelle fut intervenue entre les époux pour gouverner « leur fortune (3). »

131. — Sur la question de savoir quelle loi régira les biens des époux, notre jurisprudence a un peu tout décidé. On peut trouver dans les décisions de nos cours et tribunaux jusqu'à cinq systèmes différents.

I. — Un premier système consiste à ne soumettre au régime matrimonial que les meubles, les immeubles suivant en ce qui

(1) Rep. v° *cont. de mar.* n° 524.
(2) Aubry et Rau, t. V, § 504 *bis*, note 4, p. 275.
(3) Cass., 30 janv. 1854; — D. P. 54, 1, 61.

concerne le droit de propriété des époux la loi locale. « Attendu, « — dit un arrêt de la cour de Metz, — qu'il est de principe que « les biens immeubles sont toujours régis par le statut réel du « lieu où ils sont situés ; attendu que les biens dont il s'agit sont « situés en Irlande ; qu'il est établi par les consultations de deux « jurisconsultes anglais, que les lois anglaises qui régissent « l'Irlande sont exclusives du régime de communauté et que les « immeubles achetés par le mari pendant le mariage lui appar- « tiennent d'une manière absolue ; que cette opinion est d'ail- « leurs conforme à la doctrine de Blakestone ; qu'il suit de là que « les immeubles compris dans la succession du sieur Pigasse « n'ont pu entrer en communauté (1)... »

Il s'agissait de deux français qui s'étaient mariés à Dublin ; le mari y avait acquis dans la suite deux maisons. La cour de Metz décide en même temps que ces époux, mariés à l'étranger et y ayant leur résidence, se trouvent, à défaut de conventionsmatrimoniales, soumis au régime de la communauté légale française. Pourquoi ? parce que ces Français n'avaient pas perdu *l'esprit de retour*. Un second système se base sur ce motif.

II. — En l'absence de contrat de mariage, l'étranger qui s'est marié en France, décide la cour de Bordeaux, sans *esprit de retour* dans son pays d'origine, est censé avoir adopté le régime de la communauté légale (2).

C'est également sur ce motif, entre autre, que se base le jugement du tribunal de Boulogne-sur-Mer, que nous avons critiqué : « Attendu,... dit-il, — que notamment les époux de Selby par leur « installation à Paris avant leur mariage ; par leur établissement « qui s'y est continué depuis sans interruption, ont témoigné aux « yenx des tiers qu'ils avaient quitté leur pays sans esprit de « retour. »

(1) 9 Juin 1852 ; — D. P. 52, 2, 189 ; — dans le même sens, Paris 4 avr. 1881 ; Sir 83, 2, 65.

(2) 24 mai 1876 ; — D. P., 76, 2, 79. Ce même arrêt décide qu'on ne peut avoir de domicile réel en France sans l'autorisation gouvernementale. Il part de là pour décider que la succession de ce même individu qu'il déclare marié sous le régime français, doit être dévolue suivant la loi bavaroise, sa loi nationale.

Pourtant, dans l'espèce, les époux de Selby s'étaient mariés à l'ambassade anglaise, avaient adopté le régime anglais en suivant, pour la rédaction de leur contrat, les formes usitées en Angleterre. Ils semblaient donc avoir manifesté d'une façon assez expressive vouloir rester soumis à la législation anglaise. Mais, voilà ! *ils n'avaient pas l'esprit de retour !*

Dans un autre arrêt, la Cour de Bordeaux fait passer avant l'esprit de retour le domicile du mari. Elle décide que lorsqu'un Français épouse, hors de France, une étrangère, sans contrat de mariage, l'association conjugale est régie par la loi du domicile du mari, à moins qu'au moment de la célébration du mariage, il n'ait eu l'intention de se fixer à l'étranger sans esprit de retour (1).

Nous avons vu ce même système du domicile du mari soutenu par quelques auteurs. C'est le seul arrêt que nous connaissions en sa faveur.

III. — Un troisième système applique à l'association conjugale quant aux biens la loi du domicile matrimonial. « En l'absence d'un contrat réglant les conditions civiles du mariage contracté entre personnes de nationalité différente, décide la Cour de Cassation, la législation sous laquelle elles sont présumées avoir eu l'intention de se placer est déterminée par le lieu où elles se proposaient de fixer leur domicile (2). » Cette même Cour décide encore que le mariage, contracté en France entre étrangers, est, quant aux intérêts civils des époux, soumis à la législation française, lorsqu'il résulte des circonstances que les époux ont entendu fixer en France leur domicile matrimonial (3).

IV. — D'autres arrêts déclarent que c'est la loi nationale des époux qui doit régir le régime des biens entre époux.

La Cour d'Aix a décidé qu'en l'absence de contrat de mariage, le Français, qui épouse une étrangère en pays étranger, est

(1) Bordeaux, 2 juin 1875 ; D. P., 75, 2, 143.
(2) Cass., 18 août 1873 ; D. P., 74, 1, 258.
(3) *Id.*, 4 mars 1857 ; D. P., 57, 1, 102.

présumé avoir voulu adopter le régime de la communauté légale : « Attendu, dit-elle, qu'il est de principe et de jurisprudence « constante que lorsqu'un Français se marie en pays étranger, « sans contrat de mariage, il est censé, jusqu'à preuve contraire, « avoir voulu se placer sous l'empire de la loi de son pays pour « tout ce qui touche aux intérêts civils de son union con- « jugale... (1). »

Nous nous nous demandons où est écrit le principe invoqué par la Cour d'Aix et surtout où se trouve cette jurisprudence constante ? Elle-même, quelques mois après, le 8 novembre 1870, décidait qu'en l'absence de contrat de mariage, le Français qui épouse une étrangère, en pays étrangor, est censé accepter le statut local ou celui de sa loi nationale, tout dépendant des circonstances (2).

V. — Enfin d'autres arrêts veulent que l'association conjugale quant aux biens soit régie par la loi déterminée par la volonté des parties. C'est ainsi que la Cour de Cassation a décidé que des époux étrangers domiciliés en France depuis de longues années, peuvent, à raison de circonstances *révélant leur volonté commune* être présumés, à défaut de contrat de mariage manifestant une intention contraire, avoir suivi le régime de la communauté légale tel qu'il est réglé par le code civil. Le tribunal de Sancerre, dont le jugement était soumis à la censure de la Cour suprême avait dit : « Attendu qu'on doit considérer comme « un principe d'ordre public, ayant son fondement dans l'im- « périeuse nécessité de sauvegarder les intérêts légitimes des « tiers, que les droits et obligations des époux sont réglés par le « droit commun, à moins d'une dérogation expresse qui ne peut « être faite et prouvée que par le contrat de mariage; que le « caractère d'ordre public de ce principe est tel qu'il serait « vraisemblablement applicable à tous étrangers, mais qu'on ne « voit pas, en tous cas, comment on soustrairait à son empire

(1) 18 août 1870; D. P., 72, 5, 123.

(2) D. P., 1 871, 2, 216.

« des étrangers qui se sont mariés en France où ils résidaient et « qui, en dehors des clauses dérogatoires réellement et légalement « existantes, ne peuvent qu'être présumés avoir suivi le droit « commun du pays... »

A cela la Cour de Cassation répond : « Attendu que le choix « du régime auquel doivent être soumis les intérêts civils des « époux dépend de leur volonté; — attendu que le jugement « attaqué dont *certains motifs ne sauraient être approuvés*, a « néanmoins reconnu que les époux Hutchinson, domiciliés et « manufacturiers en France depuis 1858, devaient, à raison de « circonstances révélant leur volonté commune, etc... (1). »

Cette même Cour a encore décidé que « le mariage sur le territoire français de deux étrangers y résidant, est régi, quant aux biens, à défaut de contrat de mariage, par la loi nationale des époux, et non par la loi française, lorsque telle est la volonté que lesdits époux ont, dans la mesure d'ailleurs où les circonstances leur ont permis de le faire, manifestée lors de leur union (2). » Dans l'espèce deux israélites marocains avaient contracté mariage en Algérie, *more judaïco*, avec un contrat de « Ketouba » muet sur le régime adopté. La Cour d'Alger avait décidé que leur régime matrimonial devait être régi par le statut personnel des israélites marocains, et non par les usages israélites du lieu où le mariage avait été célébré, parceque, par le mode même de célébration adopté, les parties en cause avaient manifesté leur volonté de rester soumis à leur statut personnel. C'est le pourvoi formé contre cette décision que la Cour de Cassation a rejeté dans l'arrêt que nous venons de citer.

Rappelons encore une fois l'arrêt mentionné déjà à plusieurs reprises de cette même Cour, en date du 11 juillet 1855, très formel en ce sens.

La cour de Paris, dans un arrêt du 15 décembre 1853 (3), et

(1) *Gazette du Palais*, 1885, 2, 745.

(2) 18 mai 1886; *Gaz. Pal.*, 1886, 1, 910.

(3) D. P., 1853, 2, 192.

celle d'Aix, dans un arrêt du 27 novembre 1854 (1), déclarent que le mariage contracté en France, sans contrat, entre un étranger et une française, est soumis au régime de la communauté légale établi par la loi française, lorsque la volonté des époux à cet égard s'est manifestée par des faits certains, est démontrée par les circonstances : « Considérant, — dit la Cour de Paris, — « que pour appliquer ces principes à des étrangers (art. 1394 et « 1400), il ne suffit pas que le mariage ait été contracté en France; « qu'il faut encore que la volonté des contractants se soit mani- « festée par des faits certains. »

Ces circonstances, ces faits certains, qui démontrent la volonté des parties, les deux arrêts les font dépendre de l'établissement du domicile matrimonial en France. La Cour de Paris décide que ce domicile n'a pas besoin d'être autorisé.

Au fond et en résumé, si nous mettons à part les arrêts qui adoptent le premier et le second système, la jurisprudence française décide bien que l'adoption d'un régime matrimonial dépend de la volonté des époux, est une question d'intention. Malheureusement elle tend à ériger en une sorte de présomption légale de cette intention l'établissement d'un domicile dans tel ou tel lieu. Le choix d'un domicile et l'adoption d'un régime sont deux choses bien distinctes, absolument différentes. Les parties peuvent établir entre elles une certaine connexité, et alors les tribunaux doivent rechercher si cette connexité existe. Ils semblent bien le faire, mais ils ne dégagent pas assez nettement le principe; ils sont encore influencés, dominés par la tradition qui les égare.

§ II. — *Droit comparé.*

1. — Belgique.

132. — En Belgique on suit les errements de la jurisprudence française et les Cours belges sont encore plus attachées que les nôtres à la tradition. La Cour de Cassation pose comme principe que « le code civil en vigueur en Belgique est le statut

(1) D. P., 1857, 2, 43.

« qui régit, quant à la communauté, les futurs époux qui, étant « belges d'origine, ont, lors du contrat, leur domicile en Bel- « gique et l'y ont conservé depuis leur mariage (1). » Et la Cour de Bruxelles, s'appuyant sur l'esprit des coutumes de Belgique, d'après lesquelles le statut de la communauté conjugale était personnel, décide, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre cette dernière et la communauté conventionnelle, que le régime des biens adopté expressément ou tacitement par les époux, régit tous les biens, sans égard au lieu de leur situation (2).

Les Cours de Belgique maintiennent la terminologie de l'ancien droit et, avec les termes, les idées qu'ils expriment. Elles appliquent le principe du domicile matrimonial (3).

II. — Italie.

133. — En Italie, comme en France, dans le code civil la nationalité prend la place du domicile pour déterminer le statut personnel, c'est-à-dire les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes. Les auteurs italiens soutiennent que les conventions matrimoniales sont régies par la loi nationale des époux, c'est-à-dire du mari, puisque la femme prend en se mariant la nationalité de son conjoint.

Pasquale Fiore, après avoir montré le lien intime qui unit le mariage et le contrat de mariage, conclut à la nécessité de leur appliquer une seule et même loi, et cette loi doit être la loi nationale du mari. A-t-il été rédigé un contrat? il touche à des intérêts trop élevés pour qu'on le laisse à l'entière discrétion des époux. On ne peut leur reconnaître le droit de choisir entre une loi étrangère et leur loi nationale; celle-ci s'impose d'une façon absolue. Les parties n'ont-elle pas fait de contrat, elles s'en sont alors rapportées à la loi qui ne peut être que la loi

(1) Pasicrisie, 1839, 1, 20.

(2) Bruxelles, 30 mai 1833; Pasicrisie, 1833, 2, 150.

(3) Bruxelles, 25 avril, 1817; Pas. 1817, p. 376; — et 11 mai 1818; — Pas., 1818, p. 94; — 24 juillet, 1819, — Pas., 1819, p. 445; — 20 avril 1825, Pas., 1825, p. 384. — Liège, 30 juillet et 3 avril 1850, Pas., 1850, 1, 87 et 251.

nationale, en tout cas, celle du mari. Mariage et contrat de mariage doivent donc être régis par la même législation, autrement l'unité serait brisée.

Nous nous demandons si cette théorie aussi absolue est bien conforme aux dispositions du code italien ? Dans son article 1378, ce code permet aux époux de régler leurs conventions comme ils l'entendent. Après leur avoir proposé, comme nous l'avons vu, trois régimes différents, la dotalité, la communauté d'acquêts et la paraphernalité, il ne leur prohibe qu'un régime : la communauté universelle. M. Vacca, d'ailleurs, l'un des auteurs du code, fit, au Sénat, la déclaration que le législateur s'était placé sur le terrain neutre de la liberté (1).

Cependant l'article 1381, par une disposition qui ne se conçoit pas en raison, défend aux époux d'adopter un régime de biens autre qu'un de ceux admis par leur loi personnelle. Mais ils pourraient, tout en acceptant l'un ou l'autre des régimes consacrés par leur loi, soumettre leur contrat aux règles établies par une loi étrangère, pourvu qu'elle ne contienne rien de blessant pour l'ordre social de l'Etat où il s'agirait de demander l'application du contrat. Deux époux italiens pourraient donc, tout en adoptant un des régimes consacrés par leur code, le soumettre, par exemple, à la loi autrichienne. Dans cette hypothèse la loi autrichienne devrait être appliquée par les tribunaux italiens (2).

(1) Huc, *le cod. ital. et le cod. nap.* t. I, p. 258.

(2) Nous nous étions demandé si l'article 1381 du cod. civ. italien était impératif ou purement supplétif. Des circonstances particulières nous ayant mis en relations avec M. Louis Olivi, professeur à l'Université de Modène, nous nous sommes adressé à lui pour éclairer nos doutes. Avec une bienveillance dont nous ne saurions trop le remercier, M. Olivi nous a donné ces détails que nous avons transcrits presque textuellement. Cependant, ce savant professeur n'est pas absolument affirmatif : « Je pense — nous écrit-il, — que l'ar-« ticle 1381 du code italien est bien impératif en ce qu'il défend aux époux « d'adopter un régime de leurs biens autre qu'un de ceux admis par leur « loi personnelle. » Il nous dit encore : « C'est ainsi que je crois devoir interpréter l'article 1381 de notre code. » Il peut donc y avoir doute. Mais étant donné la tendance des auteurs italiens, il est à croire que les tribunaux appelés à statuer sur ce point, décideraient que l'article 1381 est bien impératif.

Telle paraît être la théorie admise par le code civil italien. On le voit, elle est loin d'être aussi rigoureuse que celle émise par les auteurs de la péninsule et notamment par Pasquale Fiore.

III. — Suisse et Allemagne.

134. — En Suisse et en Allemagne, on applique la théorie du domicile matrimonial. Ce résultat n'a rien qui doive nous surprendre : ces deux pays n'ont pas l'unité de législation. Au point de vue des lois, ils sont morcelés comme l'était la France avant 1789.

L'opinion qui fait dépendre de la loi du domicile matrimonial le régime des biens entre époux est devenue dominante en Allemagne depuis la fin du dix-septième siècle. Jusque-là les légistes étaient partagés. Ceux qui étaient imbus du réalisme féodal voulaient que la situation des biens déterminât la loi qui devait régir les conventions matrimoniales, en vertu de la vieille maxime : « Toute coutume est réelle. » Cette théorie aboutissait à des conséquences bizarres : les époux étaient à la fois communs en biens et séparés de biens; là, les tiers pouvaient traiter avec la femme en ayant ses biens pour gage; ici, ce gage leur échappait; — là, en traitant avec le mari, ils avaient pour garantie toute sa fortune mobilière; ici ils n'avaient d'action que sur les biens personnels de leur débiteur.

L'absurdité de tels résultats était telle qu'elle ébranla le principe de la réalité. Il fallait maintenir l'unité du régime. Pour cela on s'attacha à la loi du domicile des époux qui, presque toujours, se trouve être le domicile du mari. Cette loi est-elle obligatoire ? impose-t-elle aux époux le régime qu'elle établit ? Quand les époux expriment leur volonté, font un contrat de mariage, il n'y a pas de difficulté ; on suit cette volonté, on applique le contrat. Mais lorsqu'ils se marient sans contrat, la loi régit-elle leur association à titre de loi, ou parce que telle est la volonté des époux, parce qu'ils ont accepté, voulu l'application de cette loi à leur union ?

135. — La question à un grand intérêt : si la loi régit, en tant que loi, l'association, le régime changera quand la loi changera, lorsque les époux changeront de domicile ; si, au contraire, la loi

n'a d'effet que par la volonté des époux, le régime restera immuable comme la volonté qui tient lieu de loi.

Wachter, que Laurent appelle « le plus ingénieux des jurisconsultes allemands » et la plupart des auteurs de l'Allemagne, se prononcent pour le principe des conventions tacites. Cependant Savigny (1) ne l'admet pas et reproduit contre lui une objection qui a déjà été faite dans l'ancien droit. « Toute convention se forme par le concours de deux ou plusieurs volontés conscientes de ce qu'elles veulent. Or, peut-on dire que ceux qui se marient sans contrat savent ce qu'est tel ou tel régime et qu'ils le veulent parce qu'ils le connaissent. On ne peut le soutenir ; il n'y a donc pas de convention tacite. » Savigny a une explication un peu subtile : les époux se soumettent librement à la loi locale, à la loi du domicile, en ce sens qu'ils ne manifestent pas de volonté contraire. Ne pourrait-on pas lui objecter qu'une soumission libre implique aussi la connaissance de la loi à laquelle ont se soumet, et que les époux, ne connaissant pas le régime établi par la loi, ne connnaissent pas davantage la loi ?

Malgré cette dissidence, Savigny arrive à la même solution que les auteurs qui admettent la convention tacite, en ce qui regarde l'influence du changement de domicile sur les conventions matrimoniales : elles ne changent pas avec lui, car la femme ne se serait pas soumise à la loi locale, si elle avait prévu que le mari changerait de domicile et de loi, à son préjudice quelquefois.

La jurisprudence se prononce également pour le domicile matrimonial. Deux sujets autrichiens se font naturaliser en Prusse et s'y marient, après avoir adopté le régime de la communauté universelle. Au cours du mariage, un procès s'engage sur le point de savoir qui pouvait disposer de deux sommes comprises dans la communauté.

D'après le code autrichien, comme nous l'avons vu dans notre exposé des diverses législations, la femme a le droit de disposer seule des sommes litigieuses jusqu'à concurrence de moitié; la

(1) *Système du droit romain*, t. VIII, n° 3, p. 327.

communauté n'est censée établie que pour le réglement des droits des époux à la dissolution du mariage. D'après le code prussien, au contraire, le mari est administrateur des biens communs et des propres de la femme. Quelle loi doit-on appliquer ?

La Cour supérieure de justice pose en principe que la capacité des personnes est réglée par la loi du domicile, et que la femme a pour domicile celui du mari. Le mari ayant fait la déclaration qu'il voulait établir son domicile en Prusse et y possédant en réalité un logement, le domicile des époux est en Prusse. Partant, décide la Cour, il faut appliquer la loi prussienne (1). On ne voit pas trop, dans l'espèce, ce que vient faire la capacité. Il s'agissait de savoir par quelle loi était régie les conventions matrimoniales. La Cour décide qu'elles le sont par la loi du domicile ; la question de capacité était en dehors du débat.

IV. — Droit Anglo-Américain.

136. — « La *common law* anglo-américaine, — dit M. Laurent, « — procède de la féodalité et elle en a conservé l'esprit étroit, « jaloux, égoïste (2). » La loi territoriale domine tout, les personnes et les choses qui se trouvent sur le territoire. C'est encore le système de la réalité des lois qui règne en Angleterre et aux Etats-Unis. Reconnaître un statut personnel, sanctionner l'application d'une loi étrangère, ce serait déroger, porter une atteinte grave à la loi territoriale.

Ces dispositions s'appliquent-elles aux conventions matrimoniales? Non, en principe, parce que les conventions dépendent non de la loi, mais de la volonté des parties qui font fonction de législateurs en cette matière. Aussi Story (3) distingue-t-il le cas où il y a un contrat de mariage de celui où il n'y en a pas. Il existe un contrat de mariage : Story déclare que les conventions matrimoniales, relevant uniquement de la volonté des parties,

(1) *Journal de droit* int. privé, t. II, p. 279.

(2) Laurent, *Droit civ. int.*, t. V, n° 236, p. 496.

(3) *Conflit of laws*, § 159, 176 et suiv.

doivent exercer leur action en tous pays. Toutefois il faut que le contrat ne porte pas atteinte aux droits de l'Etat où l'on veut s'en prévaloir. Comme les tribunaux américains regardent l'intérêt national comme engagé dans tout débat qui porte sur un immeuble, on voit par là que la restriction apportée par Story détruit le principe même. L'autorité des conventions matrimoniales passées en pays étranger est subordonnée à l'intérêt américain.

Un auteur anglais, Westlake, soutient la même théorie : « Si « des immeubles anglais, dit-il, sont compris dans une con- « vention matrimoniale qui n'est pas propre à en opérer le « transfert où à les grever d'une hypothèque, cette convention « ne transférera pas les immeubles, ou ne les grèvera pas, bien « que, s'il n'y a pas d'autre objection, les parties puissent être « obligées à y donner suite (1). » Ce qui veut dire que le contrat de mariage passé à l'étranger n'a sur les biens aucune action directe et immédiate, s'il n'a été rédigé suivant les formes prescrites par la loi anglaise, en matière immobilière.

137. — Si les époux n'ont pas fait de contrat de mariage, *a fortiori* appliquera-t-on à leurs biens la loi de la situation. Les parties s'en sont référées à la loi, et la loi est essentiellement réelle. On repousse donc toute idée de convention tacite et d'adoption volontaire du régime légal.

Cependant Story distingue entre les meubles et les immeubles. Si ces derniers sont toujours régis par la loi de leur situation, les meubles, au contraire, suivent la loi de la personne, c'est-à-dire la loi du domicile matrimonial. Les auteurs ont été sans doute amenés à cette solution par la vieille formule : *mobilia ossibus hæsunt*. Cette dérogation à la réalité des lois en faveur des meubles s'applique évidemment au cas où il a été rédigé un contrat de mariage : « A moins qu'il n'ait été autrement « convenu avant le mariage, dit Westlake, les droits respectifs

(1) *La doctrine anglaise en matière de droit* int. priv. ; *Journal de droit* int. priv. Année 1881, p. 315 et 316.

« des époux sur la fortune mobilière qu'ils possédaient lors de « la célébration du mariage, ainsi que celle qui leur échoit ou « qu'ils acquièrent pendant le mariage, sont régis par la loi du « domicile matrimonial, c'est-à-dire par la loi du domicile qui « était celui du mari lors de la célébration ou qu'il a établi « immédiatement après, y étant obligé par une convention « matrimoniale (1). »

C'est établir, dans le patrimoine conjugal, une scission qui n'a aucune raison d'être, qui ne repose sur aucun fondement. Remarquons, chose assez singulière, que les auteurs américains et anglais décident que le régime adopté par les époux doit être immuable. N'est-ce pas là une contradiction avec leur système? Le mari devient maître absolu des conventions matrimoniales. S'il est marié sous le régime de communauté, il n'a qu'à placer en valeurs immobilières, en Amérique ou en Angleterre, les économies réalisées sur le patrimoine commun, pour se les attribuer. La femme n'a aucun moyen de s'y opposer, et, le jour de la liquidation venu, elle ne pourra exercer aucune reprise, ni opérer aucun prélèvement.

138. — La jurisprudence anglaise, en matière de droit international privé, est plus large que la jurisprudence américaine. Les cours d'Angleterre, quand il y a des conventions matrimoniales expresses, s'en tiennent au contrat et l'exécutent sans tenir compte du lieu où il a été passé ni du domicile des époux (2). Deux anglais, mariés à Paris devant l'ambassadeur anglais, avaient adopté le régime de la loi française par contrat passé devant notaire. La cour anglaise appelée à apprécier ce contrat, décide que les conventions matrimoniales doivent être exécutées d'après le droit français auquel les parties se sont soumises. La Cour ne donne aucun motif du principe qu'elle invoque. Phillimore donne une longue série de décisions rendues dans le même sens, mais pas mieux motivées.

(1) *Journal de droit int. priv. loc. cit.*

(2) *Phillimore, International law*, t. IV, p. 330, nos 468-474.

Phillimore déclare que, quand les parties n'ont pas fait de contrat, on applique la loi du domicile matrimonial. Il ne dit pas si l'on distingue entre les meubles et les immeubles. Comme il ne cite aucun arrêt sur ce second point, il est difficile de dire si les cours d'Angleterre iraient jusqu'à admettre l'application d'une loi étrangère. Ce serait là une nouvelle différence avec la jurisprudence américaine. Nous ne croyons pas qu'elle existe, tellement les Anglais sont encore imbus du système de la territorialité des lois. Lorsque Phillimore se range à l'opinion que les conventions tacites comme les conventions expresses ne se modifient pas par un changement de domicile, nous craignons beaucoup que son sentiment soit isolé en Angleterre.

SECTION II

PRINCIPES RATIONNELS APPLICABLES A LA SOLUTION DE NOTRE QUESTION.

§ I. — *Théorie de l'autonomie. — Son application à notre matière.*

139. — Cette revue du droit français et du droit étranger nous montre que l'accord est loin d'être fait en notre matière. Si le droit étranger, en général, part d'un point de départ unique dont il déduit les conséquences logiques et les applique, on ne saurait en dire autant de la jurisprudence française qui n'a pu arriver à établir une base fixe pour la solution de notre question. Nos cours, en effet, créent des principes pour les besoins de la cause.

Cette divergence des législations loin d'aider à la solution des conflits, ne sert, au contraire, qu'à les rendre plus aigus. De là, la nécessité impérieuse de chercher un principe unique et rationnel qui s'impose à tous par la nature même de son fondement, un principe fixe qui, tout en laissant subsister et respectant la diversité nécessaire et naturelle des législations, conduise chez toutes, à une solution uniforme des conflits qui naissent de cette diversité en matière de contrat de mariage.

Ce principe est-il impossible à établir ? Nous croyons que non et nous allons essayer de le démontrer.

140. — Toute convention est fondée sur le consentement des parties contractantes, *in idem placitum duorum pluriumvè consensus*. C'est de la volonté concordante et librement manifestée des contractants que dépendent la substance et les effets des conventions. Comment se justifie ce rôle créateur de la volonté ?

La personne civile, pleinement capable, jouit, pour la gestion et la réglementation de ses intérêts privés, d'une liberté qui n'a d'autres limites que celles que lui imposent la morale, l'honnêteté et les prescriptions impératives ou prohibitives de la loi en face de laquelle elle se trouve. Un des attributs essentiels de cette liberté, c'est la faculté de pouvoir en restreindre l'étendue, en consentir une aliénation partielle. Cette restriction, cette aliénation de la liberté est toujours faite au profit d'un autre qui, lui au contraire, a voulu étendre la sienne. De part et d'autre il y a volonté, car on ne peut acquérir ou perdre un droit, en matière conventionnelle au moins, sans un acte de volonté. C'est donc la rencontre de deux ou plusieurs volontés qui fait naître l'obligation, la convention. Il est de son essence de dépendre exclusivement de la volonté des parties contractantes. Pourquoi ? Parce que les conventions sont une nécessité de la vie physique, intellectuelle et morale. Chacun devant travailler à son perfectionnement d'après ses facultés, sa mission sur cette terre, ce devoir implique pour chacun la liberté de se développer comme il l'entend, par conséquent de contracter comme il le juge à propos, suivant sa volonté. Et c'est pour cela que le législateur donne l'appui de son autorité, sa sanction aux conventions arrêtées par les particuliers.

L'homme, être libre et volontaire, verrait sa liberté inutile si elle n'était protégée, et sa volonté inefficace si elle n'était respectée lorsqu'elle se meut dans la sphère qui lui convient, sans franchir les limites que lui ont tracées le bien, le vrai, la loi. Cette protection de la liberté, cette sanction à donner aux actes de la

volonté, appartiennent au législateur. C'est à lui de créer l'action qui donne à l'homme le moyen de mettre en œuvre les droits qui sont dans son patrimoine. C'est là le rôle capital du législateur.

141. — Cette théorie, appelée autonomie, parce que l'être libre se fait à lui-même sa loi (αυτος νορος), absolument vraie en droit interne, ne l'est pas moins en droit international. Lorsqu'une fois deux volontés, s'accordant sur une question d'intérêt, ont formé quelque part, peu importe où, une convention licite, cette convention doit être respectée et sanctionnée partout. Et cette convention passée dans tel pays donné ne sera pas rendue obligatoire dans tel autre parce que ce serait une nécessité pour chaque état de faire aux autres des concessions, en vertu d'un prétendu principe de réciprocité, de courtoisie. Nous rejetons ce point de vue par trop utilitaire. A son égard d'ailleurs notre règle est absolument fondée; mais il est un peu fragile et son application souveraine peut devenir dangereuse.

Il ne faut pas perdre de vue que lorsqu'une question de droit international privé se soulève, il y a conflit de lois et qu'il s'agit de déterminer celle qui devra s'appliquer à l'exclusion de toutes les autres. Il ne faut pas non plus oublier que nous raisonnons en matière de conventions. Nous disons qu'une convention une fois formée doit être respectée et sanctionnée dans tous les pays et nous recherchons les motifs de décider ainsi.

En cas de conflits entre différentes lois, on doit considérer, analyser, étudier dans son principe le rapport juridique qui doit être appliqué, « déterminer, comme dit Savigny, pour chaque « rapport de droit le domaine le plus conforme à la nature propre « et essentiel de ce rapport. » La nature intime de chaque rapport doit le rattacher à une loi positive.

Si nous recherchons quel est le domaine d'un rapport de droit créé par la volonté, à quelle loi sa nature intime le rattache, dans une matière où la volonté est tout, nous trouvons que ce domaine est celui-là même que la volonté a déterminé, que cette loi est celle-là même que la volonté a voulue. D'où il resulte que

la volonté s'applique tout à la fois, d'abord à la formation de la convention, ensuite à la loi qui régira la convention, l'interprètera, en sanctionnera les effets, en réglera les conséquences pour tout ce qui n'aura pas été exprimé. En matière conventionnelle, — c'est une remarque à faire, — le législateur n'a guère qu'un rôle d'interprète à remplir; les dispositions qu'il édicte, si nous en exceptons toutefois celles qui touchent à l'intérêt public et à l'ordre social, n'ont d'autre but que de protéger la liberté, éclairer et guider la volonté. C'est ce qu'à fait d'ailleurs le législateur français en notre matière du contrat de mariage. Il a proclamé bien haut la liberté des contractants ; les divers régimes qu'il organise sont simplement proposés a leur choix; ils ont toute latitude de les modifier à leur gré et même de les rejeter tous pour s'arrêter à tout autre.

Appliquant donc cette théorie rationnelle à notre sujet, à la solution de la question que nous avons posée, nous sommes amené à formuler le principe de droit international privé suivant : *La loi qui régira le contrat de mariage fait par les parties ou celle qui, en l'absence de contrat, déterminera le régime des biens des époux, c'est celle qu'il aura plu aux parties de choisir, celle à laquelle elles se seront expressément ou tacitement référées.*

142. — Nous disons : *tacitement ;* il faut nous arrêter ici quelques instants. Toutes les législations, en général, ont adopté, en ce qui concerne le contrat de mariage, ce qu'on appelle un régime de droit commun. Ce régime est appelé à régler les intérêts civils des époux qui n'ont pas fait de conventions. Ce régime est-il conventionnel ou doit-on au contraire le faire rentrer dans les statuts ?

Pour bien résoudre la question, déterminons nettement ce qu'est un statut. Le statut est un ensemble de lois qui s'imposent aux particuliers, soit qu'elles commandent, soit qu'elles prohibent. Qu'on le remarque bien, c'est une loi *qui s'impose* et c'est pourquoi nous disons que les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes rentrent dans le statut personnel, précisément parce qu'elles sont obligatoires, qu'il n'est pas au pouvoir

de l'individu de s'y soustraire ni de les modifier. A ce titre elles forment un statut ; un statut personnel parce qu'elles s'attachent à la personne et la suivent partout. Nous disons de même que les lois qui distinguent les choses en meubles et immeubles, en choses *intra commercium* et *extra commercium*, rentrent dans le statut réel ; dans le statut, parce que leurs dispositions sont obligatoires, qu'elles s'imposent à tous ; réel, parce que ces lois ne frappent que les choses qui sont sur le territoire où elles ont empire, mais frappent toutes les choses qui s'y trouvent quel que soit leur possesseur, un national ou un étranger. Voilà ce qu'on entend par statut.

Ce rapide exposé résout notre question. Ce qu'on appelle le régime de droit commun est-il imposé par la loi ? S'y trouve-t-on soumis bon gré mal gré ? Pas le moins du monde puisque vous avez le droit de choisir un autre régime, ou de le modifier, de le combiner avec un autre. Le législateur dit aux époux : vous êtes libres de faire vos conventions matrimoniales comme vous l'entendrez ; voici les régimes que je propose à votre option, s'ils ne vous conviennent pas, vous pouvez choisir en dehors d'eux. D'autre part en voici un qui a mes préférences ; pour vous y soumettre vous n'avez pas besoin de rédiger un contrat ; votre silence indiquera votre volonté de l'adopter. Qu'y a-t-il là d'obligatoire ? Où est la disposition législative qui s'impose aux parties? Si les époux mariés sans contrat se trouvent soumis à un régime déterminé, c'est parce qu'ils l'ont voulu ; il ne tenait qu'à eux de s'en affranchir. C'est donc de leur part un acte de volonté résultant de leur silence même, c'est par une convention tacite qu'ils sont soumis au régime légal, au régime de droit commun. Or, la convention tacite doit produire les mêmes effets qu'une convention expresse, *taciti et expressi eadem vis*. Par conséquent la convention tacite par laquelle les époux adoptent un régime matrimonial doit avoir effet partout, comme la convention expresse.

En relatant la controverse née au sujet de la *famosissima quæstio*, nous avons vu que Dumoulin avait su mettre en lumière ce caractère des conventions matrimoniales, tout en ayant le

tort de les faire rentrer dans le statut personnel. Le contrat de mariage, ou, plus généralement, le régime des biens entre époux ne dépend ni du statut personnel, ni du statut réel, mais uniquement, exclusivement de la volonté des époux. Si les conjoints, mariés sans contrat, se trouvent soumis au régime de la communauté des meubles et acquêts, en France, de la paraphernalité, en Italie, etc., c'est parce qu'ils l'ont voulu et non parce que la loi leur impose ce régime, puisque, en général, il ne tient qu'à eux d'être soumis à un autre.

Par conséquent la loi qui régira le régime des biens entre époux, ce sera celle que ces derniers auront expressément ou tacitement désignée. Un Français épouse une Allemande; les futurs conjoints déclarent, par contrat, adopter le régime de l'union des biens, régime de droit commun de la Prusse: ce sera la loi prussienne qui devra régir, dans ce cas, l'association conjugale, déterminer les droits d'administration du mari, les droits et garanties accordés à la femme.

143. — A ce système et à cette solution on fait une double objection. Si, dit-on, c'est un juge allemand qui est appelé à statuer sur un procès soulevé à l'occasion de ce contrat de mariage, pas de difficultés; le juge connait sa loi, il l'applique. Mais si le procès est porté devant un tribunal français ou tout autre en dehors de l'empire d'Allemagne, vous obligez le juge, d'abord à étudier une loi qu'il n'a pas à connaître, et puis à appliquer une loi qui n'est pas la sienne, une loi étrangère.

En premier lieu, il sera toujours relativement facile au juge d'avoir des renseignements sur la loi étrangère, officieusement par des consultations émanées des jurisconsultes étrangers, officiellement, en recourant à la voie diplomatique. Le plus ordinairement d'ailleurs, les parties feront pleinement connaître la loi étrangère au juge qui n'aura plus alors qu'une sorte de contrôle et de vérification à faire.

Cette loi étrangère une fois connue, le juge pourra-t-il, devra-t-il l'appliquer? Oui, certainement, car ce n'est pas la loi étrangère qu'il applique, ou du moins, ce n'est pas en tant que

loi étrangère, mais c'est comme loi privée des parties qu'il la sanctionne. En cela, il ne fera que suivre sa loi nationale; la plupart des législations, pour ne pas dire toutes, proclament que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, si bien que dans notre hypothèse, la loi étrangère devient en quelque sorte une loi nationale par suite du choix et de la volonté des époux.

144. — Cette théorie est consacrée par notre code civil. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les articles 1134 et 1387 : le premier déclare que « les conventions légalement formées « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, » et le second que « la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, « qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent « faire comme ils le jugent à propos... » C'est donc une liberté absolue accordée aux époux. Leur volonté fait tout; elle choisit le régime des biens, elle peut le prendre, soit dans la loi française, soit dans toute autre loi. C'est notre principe pur et simple.

145. — L'application du principe rationel que nous avons établi, n'offrira pas de difficultés sérieuses, toutes les fois que les époux auront eu le soin de faire expressément choix d'une législation quelconque pour régir leurs conventions matrimoniales. Malheureusement ce principe d'autonomie ne nous avancera pas beaucoup en fait. Les époux ont le droit de choisir la loi qui régira leur régime matrimonial; mais le plus souvent ils n'exprimeront aucune volonté à cet égard. Dès lors comment déterminera-t-on la loi applicable à leur contrat de mariage, la loi à laquelle ils ont voulu soumettre leur association ?

Un procédé s'offre à nous, et c'est le seul, croyons-nous. Il consiste dans l'analyse du contrat lui-même, s'il en a été fait un, sinon dans l'examen des faits accessoires et connexes qui ont existé lors de la formation de la convention matrimoniale, c'est-à-dire au moment du mariage.

L'analyse de l'acte écrit est assurément le procédé qui pourra donner les meilleurs résultats. Le contrat aura souvent quelques

traits caractéristiques, quelques détails révélateurs qui permettront d'établir quelle est la loi qui a été prise en considération par les parties. Dans l'hypothèse que nous avons prise, il n'y a qu'un instant, les époux déclarent adopter le régime de l'union des biens, sans dire toutefois quelle loi ils entendent suivre; il y a toute probabilité, pour ne pas dire évidence, qu'ils ont voulu se soumettre à la loi allemande, ce régime, au moins sous cette appellation, étant inconnu en droit français. Souvent dans l'acte on trouvera telles et telles clauses qui manifesteront de la part des époux la préoccupation d'observer les prescriptions d'une loi donnée, par suite de s'y soumettre.

Si le contrat ne révèle absolument rien de l'intention des époux, ou s'il n'y en a pas, c'est alors qu'il faudra recourir à l'examen, à l'analyse des faits et circonstances concomitantes du contrat ou de l'acte qui a fait naître la convention, du mariage. Ici la nationalité jouera un rôle considérable comme indicateur de la volonté des parties. Deux Français se marient à l'étranger sans contrat ; on devra aisément présumer qu'ils ont tacitement accepté la communauté française, parce que la loi française est celle qu'ils connaissent assurément le mieux, peut-être même la seule. Il n'y a là toutefois rien de nécessaire; une volonté contraire pourrait être présumée. Si ces français se marient à l'étranger après une longue résidence et qu'ils se destinent à continuer d'y vivre après leur mariage, il sera raisonnable, dans ce cas, de faire régir leur régime matrimonial par la loi de leur domicile ou résidence plutôt que par la loi française.

146. — Il sera souvent très difficile, pour ne pas dire impossible, aux tribunaux, de reconnaître chez les parties une volonté quelconque. Le principe d'autonomie sera souvent insuffisant dans la pratique pour arriver à une solution. Il y aurait lieu de le compléter par quelques présomptions légales, dire par exemple : *Les époux peuvent choisir la loi qui règlera leur régime matrimonial. Quand ils ne l'auront pas fait et qu'il ne résultera pas d'ailleurs une volonté tacite, la loi applicable sera la loi nationale des époux, dans tous les cas celle du mari.*

Pourquoi la loi nationale? Parce que c'est elle que les époux connaissent ou sont censés connaître le mieux. Elle a été faite pour eux, eu égard à leurs aptitudes, à leur développement intellectuel, à leurs mœurs et à leur caractère. Si, comme le dit M. Laurent, « la présomption que les hommes sont censés savoir le droit, « alors que la plupart ne savent point lire, est certes la plus « déraisonnable des présomptions, » à combien plus forte raison serait-il absurde de vouloir soumettre les époux à la loi d'un domicile que les circonstances seules, un établissement lucratif, ou toute autre cause leur ont fait adopter, domicile dont ils ne connaissent ni les usages, ni les coutumes, ni même peut-être parfaitement la langue. Car, ne l'oublions pas, le domicile matrimonial est celui où les époux, au moment du mariage, ont l'intention de se fixer, qui devient le siège de la vie commune. Deux Français se marient en France, puis vont se fixer en Italie. Ils y sont attirés, soit par l'espoir d'y acquérir une prospérité plus grande que dans leur patrie, soit par la douceur du climat, etc... Ces époux, qui vont pour la première fois en Italie, nous le supposons, on les déclarera mariés sous le régime de la loi italienne ! Il sera d'ailleurs souvent bien difficile aux époux de dire quel domicile ils voulaient élire après leur mariage. Et s'il y a eu plusieurs domiciles transitoires, que décidera-t-on? Le premier élément que le juge appelé à prononcer doit prendre en considération, c'est la connaissance réelle ou présumée que les époux ont de la loi qui doit les régir; or, la loi du domicile matrimonial peut leur être tout à fait inconnue. Il n'en est pas de même de la loi nationale.

Il arrive aussi parfois qu'au moment de la célébration du mariage, les époux ne sont pas fixés sur le lieu où ils établiront leur domicile. Décider dans ce cas que la loi du domicile régira leur association, ce serait faire la part trop belle au mari; il dépendrait de sa volonté seule de fixer le régime matrimonial.

Nous disons encore que, dans tous les cas, la loi applicable sera celle du mari. Cette proposition se justifie par ce fait que la femme prend la nationalité de son mari; c'est une chose qu'elle doit savoir, qu'elle sait le plus ordinairement; c'est donc à elle

de s'instruire de ce qui se pratique dans sa future patrie; il n'est d'ailleurs pas vraisemblable que sa famille ne s'en soit pas informée pour elle. Le contrat ou le régime, il faut le remarquer, ne deviendra applicable qu'au moment où le mariage aura été célébré, c'est-à-dire lorsque la femme aura acquis la nationalité de son mari : à ce point de vue encore on peut dire que c'est la loi nationale des époux qui régit l'association conjugale.

Une autre considération nous fait préférer la nationalité au domicile : les époux peuvent n'avoir pas de domicile. L'hypothèse est-elle invraisemblable ou impossible? Que l'on songe à cette population nomade qui parcourt nos foires et nos marchés, traverse nos grandes villes en y donnant des fêtes et des spectacles. Quel sera le domicile des individus qui la composent? Deux de ces individus se marient, en l'absence de la manifestation d'une volonté certaine, par quelle loi fera-t-on régir leur association conjugale, si l'on ne s'arrête à leur loi nationale?

Tous ces motifs puissants nous font prononcer en faveur de la loi nationale. Ce sera elle qui, en l'absence de toute volonté contraire expresse ou tacite, devra être appliquée de préférence à la loi du domicile. Est-ce à dire que ce dernier ne doive jamais être pris en considération? Non, certes; mais nous estimons qu'il faudra une volonté bien manifeste pour faire écarter la loi nationale. Cette dernière devra être présumée avoir été choisie par les époux ; mais cette présomption tombera devant toute preuve contraire.

C'est donc le principe d'autonomie qui devra être pris en considération pour la solution de tous les conflits qui peuvent s'élever en matière de contrat de mariage. On devra lui réunir le principe de nationalité pour aider à résoudre les difficultés qui ne peuvent manquer de se présenter.

§ II. — *Systèmes dissidents.*

147. — Par l'exposé que nous avons fait des diverses solutions données à notre question par le droit français et les législations étrangères, nous avons vu que ces systèmes peuvent se ramener

à cinq. Et, chose singulière et digne de remarque, alors que chaque état en général adopte uniquement un de ces systèmes, nous les voyons tous les cinq soutenus et appliqués en France soit par la doctrine, soit par la jurisprudence. Nous les avons exposés, il ne nous reste plus qu'à les réfuter brièvement.

148. — Une première opinion consiste à appliquer impérieusement au contrat ou au régime de biens né du mariage, la loi nationale des époux. C'est le système prôné par les auteurs italiens. Leur principal argument, sur lequel s'appuie notamment Fiore, est qu'il s'agit en cette occurence d'une loi qui règle le régime économique du patrimoine de la famille, et qu'il appartient au seul législateur national d'intervenir dans ce réglement.

Mais alors toute législation devrait imposer aux parties un régime unique fondé sur des considérations propres au pays pour lequel elle statue. Est-ce que d'ailleurs les lois de l'ordre économique n'appartiennent pas plutôt au statut réel qu'au statut personnel? Si bien qu'en poussant l'argument dans ses conséquences logiques, on en arriverait à exclure du territoire de chaque état l'application de tout autre régime matrimonial que celui consacré par la législation du pays, régime qui devrait être unique.

Ces conséquences seules suffisent à démontrer la fausseté de l'argument et, par suite, du système qu'il a la prétention d'établir.

149. — Un second système, soutenu par MM. Aubry et Rau et par beaucoup d'auteurs français, se rapproche du premier. Voici comment s'expriment MM. Aubry et Rau : « Le principe « d'après lequel les époux, tous deux français dès avant leur « mariage, sont censés, en l'absence de contrat de mariage, « avoir voulu se soumettre au régime de la communauté légale, « établi par la loi française, s'applique, en général, même au cas « où le mariage a été célébré à l'étranger.

« Cependant on pourrait, dans ce cas, admettre, suivant les « circonstances, que les époux ont entendu adopter le régime « de droit commun du pays où ils se proposaient de fixer

« leur domicile matrimonial, c'est-à-dire le siège de leur asso-
« ciation conjugale, et où, de fait, ils se sont établis (1). »

C'est pres que le principe d'autonomie, mais c'est une autonomie restreinte, puisque le choix des époux semble subordonner à l'établissement du domicile matrimonial. Or, nous avons vu qu'il fallait admettre, pour les époux, une autonomie absolue. Cette limitation n'a pas sa raison d'être.

150. — Une troisième opinion vient de la tradition. C'est le système allemand; il est consacré par la majorité de la jurisprudence française. On applique au régime des biens la loi du domicile matrimonial, qui est, nous dit Asser, « le premier lieu « où les époux se sont établis de manière à y fixer le siège de « l'association conjugale.

Ce système n'exclut pas, tel du moins qu'il est appliqué en France, toute idée d'autonomie. On regarde les époux comme ayant volontairement choisi la loi de leur domicile commun. Dès lors on ne se demande plus à quelle loi ils ont voulu se soumettre, mais quel domicile matrimonial ils ont choisi. Ce système érige l'établissement du domicile conjugal en une sorte de présomption légale. Aussi voit-on des arrêts s'occuper uniquement de rechercher quel a été le domicile matrimonial des époux et pas du tout quelle a été l'intention des parties. Ils ne se demandent même pas si la loi du domicile était connue des conjoints. Bien mieux, on voit des jugements déclarer applicable au contrat de mariage la loi du domicile des époux, alors même que ceux-ci avaient manifesté une volonté absolument contraire.

Deux anglais domiciliés en France, tout au moins y résidant, se marient à leur ambassade. Ils rédigent un contrat de mariage suivant les formes usitées en Angleterre, par lequel il déclarent adopter le régime anglais de la séparation de biens. Un procès s'engage; la femme revendique ses meubles contre les créanciers du mari, comme étant mariée sous le régime de la séparation de biens. Le tribunal de Boulogne-sur-Mer, par un ju-

(1) T. V. § 504 *bis*, p. 274.

gement souvent cité et critiqué, rejette la demande parce que lesdits époux, par leur installation avant le mariage et leur établissement après, avaient « témoigné aux yeux des tiers qu'ils « avaient quitté leur pays sans esprit de retour. » Il semble pourtant que le mariage de ces anglais célébré à leur ambassade témoignait bien quelque chose de contraire ; le tribunal n'en tient aucun compte. Ce qui l'a entraîné, ce sont certains agissements frauduleux du mari et l'omission de la publication du contrat de mariage conformément à l'article 67 du code de commerce. Le tribunal aurait dû s'en tenir à ces motifs et non pas faire des digressions sur le terrain du droit international privé et affirmer des choses absolument fausses telles que celle-ci : « Attendu que le mariage accompli en France par des étrangers « sans contrat ou avec un contrat nul est soumis au régime de la « communauté légale. »

En appliquant nos principes à cette espèce, le contrat de mariage fait suivant les formes anglaises était valable ; les époux, malgré leur domicile en France, ayant manifesté d'une façon non équivoque leur volonté, devaient être jugés mariés sous le régime par eux choisi, sauf à déclarer leur contrat inopposable aux tiers pour cause d'inexécution des prescriptions de la loi commerciale. Sans quoi les tiers étaient bien quelque peu en faute, avaient bien agi avec une certaine imprudence ; en voyant ces anglais se marier à leur ambassade, ils auraient dû s'informer du régime matrimonial auquel ils pouvaient être soumis.

Enfin, au cas même ou le contrat de mariage serait nul pour un motif quelconque, il ne s'ensuivrait pas que les étrangers mariés en France seraient soumis à notre régime de communauté légale. On devrait les déclarer soumis au régime de droit commun de leur nation, puisqu'ils ont clairement manifesté leur intention d'écarter la loi française.

Ce jugement montre tout le danger du système. On en arrive ainsi à subordonner au domicile la volonté des époux. C'est donner à ce dernier un rôle qui ne lui appartient plus dans les pays où l'on a l'unité de législation. On est ensuite amené à se demander qu'elles sont les conditions nécessaires pour acquérir un vrai

domicile ; si un domicile de fait ne suffit pas, alors même qu'il n'est pas accompagné de l'autorisation du gouvernement. Il est du reste inutile de renouveler ici les critiques que nous avons formulées contre le domicile. Pour nous la loi nationale doit passer avant lui, et avant l'un et l'autre la volonté des conjoints.

151. — Un quatrième système applique la loi de la situation au moins aux immeubles. Nous savons que c'est le système anglo-américain, mais plus énergiquement pratiqué aux Etats-Unis qu'en Angleterre.

Le plus grave reproche qu'on lui adresse, et certes le plus fondé, c'est de rompre l'unité du patrimoine des époux en le soumettant à autant de régimes qu'il comprend de biens situés en divers pays. Il rend ensuite le mari absolument maître des biens communs. Il faut être entêté du principe de la réalité ! En quoi cela engage-t-il l'organisation de la propriété, le crédit public, la souveraineté de l'état, que les immeubles soient propres ou communs, administrés par le mari ou la femme, partageables ou non à la dissolution du mariage ? Pourquoi restreindre à leur patrie les effets des conventions des parties ? Si la loi nationale a suppléé à leur volonté, pourquoi ne pas l'admettre ? Vous, législateur territorial, de quoi vous mêlez-vous, puisqu'il ne s'agit ni de vos nationaux, ni de l'ordre public, ni de votre souveraineté !

152. — Enfin un cinquième et dernier système veut que les conventions matrimoniales soient régies par la loi du lieu où le contrat a été fait ou le mariage célébré. Il a encore quelques partisans ; on peut citer Story (1), Israëls (2), Wharton (3) ; il semble même avoir été consacré par le code argentin (art. 1, 14). Il a été appliqué par un arrêt de la Cour de Cassation française du 11 thermidor, an III.

(1) Conflict of laws, § 159.

(2) International Huwelijksgoederenrecht, p. 198.

(3) A treatise of the conflict of laws, § 192.

La loi du lieu du contrat peut rationnellement valoir pour une convention ordinaire, malgré ce que ce lieu a d'accidentel. On applique surtout cette loi parce qu'on n'en a pas d'autre d'indiqué. Ces conventions d'ailleurs ne créent que des rapports fugitifs et n'engagent pas les mêmes intérêts que les conventions matrimoniales. Celles-ci, en effet, règlent les intérêts de deux personnes qui doivent vivre leur vie ensemble; leur effets sont très continus et très étendus : ils se produisent pendant toute l'existence des époux et souvent modifient profondément toute leur fortune. Voilà pourquoi il serait irrationnel d'appliquer la loi du lieu du contrat, lieu très accidentel, souvent choisi par un simple motif de convenance, par déférence pour la femme. Si cette dernière a deux résidences, l'une à la ville, l'autre à la campagne, ce seront des considérations absolument étrangères au régime matrimonial qui feront choisir l'une ou l'autre, soit pour la rédaction du contrat, soit pour la célébration du mariage. Aucun lien n'existant donc entre les deux, on ne doit pas les rattacher l'un à l'autre pour faire régir l'association conjugale par la loi du lieu du contrat.

SECTION III

ÉTENDUE D'APPLICATION DU PRINCIPE RATIONNEL. SES CONSÉQUENCES.

153. — Au début de cette étude, nous avons annoncé que nous voulions nous placer principalement au point de vue du droit français dans la recherche des solutions à donner aux questions multiples et complexes que fait naître notre sujet. Si les principes généraux que nous avons établis ne sont pas particuliers au droit français, c'est parce qu'ils sont vrais et qu'il est de l'essence de la vérité d'être universelle.

C'est surtout en déterminant l'étendue d'application du principe d'autonomie, ses conséquences, ses exceptions, que nous nous placerons en présence du droit français.

§ I. — *Etendue d'application du principe d'autonomie en notre matière.*

154. — Une fois déterminée, la loi applicable au contrat de mariage réglera toutes les conditions essentielles de son existence, tout ce qui a rapport à la cause, à l'objet et au consentement. On ne peut guère concevoir un contrat de mariage sans cause ni objet : sa cause est le mariage, et le contrat ne peut exister sans lui; son objet est le régime des biens, et, quand il y a mariage, il y a toujours un régime à la suite, régime expressément ou tacitement voulu. Lorsque la convention matrimoniale est purement tacite, il est impossible de la concevoir dénuée de consentement, si le mariage est valide. Quand il n'y a pas de contrat, le consentement, donné au mariage, est aussi donné au régime qui le suivra. Il va de soi que la loi applicable au contrat l'est à son objet, car cet objet n'est que le régime des biens; nous avons surabondamment démontré que c'était la loi voulue par les parties.

On a élevé un doute sur le point de savoir si la loi applicable aux vices du consentement était bien la loi choisie par les parties. On a voulu voir une analogie entre les vices du consentement et l'incapacité et, dès lors, faire rentrer les règles des premiers dans le statut personnel. Il s'agit, a-t-on dit, de protéger des personnes mises dans l'inpuissance de défendre leurs intérêts, *incapables* en quelque sorte. Or, c'est un rôle qui appartient à la loi personnelle seule de protéger les incapables.

N'est-ce pas enlever à l'autonomie sa principale application en ce qui concerne l'acte volontaire, le consentement? la sanction des vices qui peuvent l'entacher est-elle bien une protection? N'est-ce pas plutôt un moyen donné à une personne, qui n'a pas joui de sa pleine liberté, de faire constater que le consentement, donné par elle, n'a pas existé, ou du moins, a été tellement amoindri qu'il n'a pu produire tous ses effets? Pour déterminer les effets et les résultats du contrat on applique la loi choisie par les parties; pourquoi ne pas appliquer cette même loi au con-

sentement ? Il s'agit simplement de prévenir des enrichissements injustes ; c'est naturellement à la loi, sous l'empire de laquelle les parties ont voulu se placer, d'intervenir pour empêcher des résultats iniques.

Ce sera donc la loi choisie par les parties qui statuera sur les vices du consentement. En droit français, c'est une question controversée de savoir si les vices du consentement peuvent être une cause de nullité du contrat de mariage. Nous n'avons heureusement pas à prendre partie dans la controverse. En supposant que des législations aient des textes formels sur la question, si les époux ont adopté l'une d'elles pour régler leur association civile, ce sera cette législation qui décidera de la question.

155. — La loi choisie par les parties décidera si les époux peuvent subordonner à une condition suspensive ou résolutoire le régime par eux adopté.

Cette même loi décidera, en cas d'aliénation des propres de la femme, s'il y a lieu à remploi ou récompense. Anciennement, dans les pays coutumiers, le prix des propres de la femme aliénés pendant le mariage, était regardé comme un meuble de communauté. Le mari en prenait donc la moitié, et même la totalité, si la femme renonçait à la communauté. C'était là un usage injuste; pour l'écarter, les époux prirent l'habitude de stipuler la clause de remploi dans le contrat de mariage. Cette clause était si fréquente qu'elle passa dans la coutume et devint de droit commun. Notre code l'a consacrée. Par conséquent, la femme mariée sous le régime de la communauté française, aura partout droit au remploi et, par suite, action contre son mari, en cas d'insuffisance des biens de communauté. Il en est de même pour l'action en récompense que peut avoir la femme contre la communauté. — A l'inverse une femme mariée sous une loi qui n'admettrait ni remploi ni récompense, n'y aurait pas droit en France.

156. — La loi applicable aux conventions matrimoniales déterminera également l'étendue des pouvoirs d'administration du mari. Aux termes de l'article 1428 de notre code civil, le

mari ne peut aliéner les immeubles personnels de la femme sans son consentement. On a voulu soutenir que cette disposition rentrait dans le statut réel; un arrêt de la Cour de Liège, du 31 juillet 1811 (Sir. 1811, 2, 534) l'a ainsi jugé. La loi, dit la Cour, a pour objet principal de conserver les immeubles de la femme. Ce n'est pas exact. La femme mariée est incapable d'aliéner ses immeubles; il lui faut l'autorisation maritale. L'article 1428 règle donc une question de capacité et doit dès lors rentrer dans le statut personnel. Mais remarquons que c'est une question de capacité relative au régime que les époux ont voulu adopter. Leur volonté est que la femme reste propriétaire de ses biens immeubles et qu'elle puisse les aliéner avec autorisation du mari. Les époux auraient parfaitement pu stipuler la communauté universelle et, dans ce cas, l'article 1428 n'aurait plus d'application. Cet article dépend donc du principe d'autonomie; les époux français peuvent, en général, étendre ou restreindre, par contrat de mariage, leurs pouvoirs réciproques.

157. — Quelle est la loi qui déterminera la nature des biens, leur distinction en meubles et immeubles? Ce sera encore la loi choisie par les parties. Cette solution peut paraître étrange, à première vue, et violer un autre principe de droit international privé qui veut qu'on applique aux choses la loi de leur situation, la *lex rei sitæ*, toutes les fois que le régime économique, l'organisation de la propriété et le crédit public de l'Etat sont intéressés. Or, tel semble bien être ici le cas; le régime économique et l'organisation de la propriété sont bien intéressés dans la question de savoir si tel objet est meuble ou immeuble.

Sans aucun doute, mais, notons que la volonté des époux ne déterminera pas la nature de l'objet dont s'agit par rapport à sa situation, mais sa qualité par rapport au régime adopté. Quand nous disons que la loi choisie par les parties décidera si tels de leurs biens sont meubles ou immeubles quelle que soit leur situation, nous voulons dire seulement que cette loi indiquera si tel bien tombe en communauté ou non, est, en cas de régime dotal, aliénable ou inaliénable. C'est en ce sens seulement que

cette loi fixera le caractère mobilier ou immobilier des biens des conjoints.

Voici des applications de cette solution. Notre article 1402 dispose que « tout immeuble est réputé acquêt de communauté, » s'il n'y a preuve contraire. Si un litige s'élève devant un tribunal étranger entre époux français sur le point de savoir si tel objet est réputé acquêt de communauté, ce tribunal devra rechercher quelle a été l'intention des parties et pour cela se reporter à la loi française. Si cette loi décide que l'objet du litige est un meuble, tandis que la loi de la situation le déclare immeuble, le juge étranger devra déclarer que l'objet est commun, que le procès n'a pas sa raison d'être, parce que les époux ont voulu mettre en commun tout ce que la loi française appelle et déclare meuble. Il en sera de même pour l'article 1403; il considère comme meubles les produits des carrières et des mines si elles ont été ouvertes avant le mariage, et comme immeubles, si elles n'ont été mises en exploitation qu'après le mariage. Des dispositions contraires admises par une législation étrangère sous l'empire de laquelle se trouveraient mariés les conjoints, devraient être appliquées en France par nos tribunaux. Ce n'est pas à titre de lois que ces règles seraient sanctionnées en pays étranger, mais à titre de clauses conventionnelles.

158. — Voici une question plus délicate et très controversée. La loi qui défend aux époux de se faire des libéralités ou qui le leur permet avec faculté de les révoquer rentre-t-elle dans le statut réel, le statut personnel, ou dépend-elle du principe d'autonomie? La réponse est des plus difficiles.

Ecartons tout d'abord le statut réel. On ne voit pas du tout pourquoi de telles dispositions rentreraient dans ce statut, car elles ne frappent pas les biens, mais les personnes. Restent donc le statut personnel et le principe d'autonomie. Quel est celui des deux qui aura ces dispositions sous son empire?

D'abord quels sont les motifs qui ont dicté ces lois? Bouhier répond : « l'honneur et la paix des mariages; la crainte d'en « voir troubler la concorde par des vues intéressées et le danger

« d'exposer les bons cœurs à se dépouiller entièrement par des « excès d'une tendresse inconsidérée. » La loi a donc ici pour but de sauvegarder la liberté des époux; elle a peur que le consentement ne soit extorqué ou surpris; elle craint une violence morale. Tout cela touche au consentement; c'est un vice du consentement, vice qui naît de la situation respective des époux. Or, nous avons vu que tout ce qui a trait au consentement, à ses vices, dépend de la loi choisie par les époux pour gouverner leurs conventions. C'est donc encore le principe d'autonomie qui domine sur ce point.

159. — Par ces quelques solutions, on voit quelle est l'étendue d'application de notre principe, ses conséquences. Ce sera encore la loi voulue par les conjoints qui déterminera la composition de l'actif et du passif de la communauté, qui réglera sa liquidation. C'est cette loi qui fixera l'étendue de la dotalité, les droits d'administration du mari sur les biens dotaux, sa situation à l'égard des biens paraphernaux.

§ II. — *Des exceptions au principe d'autonomie.*

160. — Rappelons, pour mémoire, que tout ce qui touche à l'état et à la capacité des personnes est placé en dehors de l'influence de la volonté des époux. Mais indépendamment de ces lois obligatoires, il existe, dans toutes les législations, un certain nombre de règles que le juge est contraint d'appliquer, auxquelles la volonté expresse ou tacite des parties ne peut apporter aucune dérogation. Il est difficile de les faire rentrer soit dans le statut réel, soit dans le statut personnel. Elles sont de deux sortes; les unes sont d'ordre public et social et dès lors territoriales; elles ne s'appliquent que sur le territoire, mais s'imposent indistinctement aux étrangers et aux nationaux; — les secondes comprennent les dispositions prohibitives ou impératives de la loi; elles ne s'appliquent en général qu'aux nationaux, mais les suivent partout. Les premières s'opposent à l'application de la loi étrangère sur le territoire de l'Etat où elles sont en vigueur; les autres, au contraire, ne s'opposent pas à cette application,

mais elles demandent à être sanctionnées à l'étranger, malgré l'existence, dans ce pays, d'une règle contraire. Et s'il nous fallait formuler sous forme de règles précises ces deux genres d'exceptions au principe d'autonomie, nous dirions :

1° Les dispositions d'ordre public font échec sur le territoire à l'application d'une loi étrangère, même en matière de conventions matrimoniales ; elles frappent nationaux et étrangers ;

2° Les dispositions prohibitives ou impératives restreignent l'autonomie des nationaux en les suivant partout, mais ne s'appliquent qu'à eux.

Là n'est pas la difficulté. Elle apparaît quand on recherche un criterium qui pourrait servir à déterminer les lois qui sont d'ordre public. Il est également tout aussi difficile d'en trouver un pour déterminer les lois qui sont prohibitives ou impératives. Les applications que nous allons faire de ces deux règles, aux cas qui nous paraissent le plus intéressants, feront mieux comprendre notre pensée.

161. — Il est assez difficile d'imaginer des clauses du contrat de mariage portant atteinte à l'ordre public, sans entrer dans le domaine de l'imagination. Cependant en voici quelques-unes :

Les législations anglaise et portugaise reconnaissent au mari un droit de correction sur sa femme. Autrefois, en Angleterre, le mari pouvait mettre sa femme dans une cage de fer et la battre avec une verge de la grosseur du doigt du juge. Aujourd'hui encore, en Portugal, le mari peut avoir recours, pour châtier sa femme, à la prison dans le domicile conjugale. Ce sont là des droits qui tiennent à la puissance maritale. Supposons-les stipulés dans un contrat de mariage : ils pourront être exercés en Portugal ou en Angleterre, jamais en France, quelle que soit la nationalité des époux.

La clause par laquelle des époux conviendraient de vivre séparés, en la supposant permise par quelque législation, ce dont nous doutons, ne serait jamais sanctionnée en France. Elle est contraire au but même du mariage qui doit être l'union des époux et non leur séparation.

On peut encore supposer que dans les biens des époux se trouvent compris des esclaves. Toute clause relative à de tels biens ne pourrait être invoquée en France. Si une communauté, dont le patrimoine comprend des esclaves, se liquidait en France, nos tribunaux refuseraient, avec raison, de prendre aucune mesure à leur égard. L'hypothèse ne peut se présenter que dans le cas où les esclaves sont en pays étranger, car, par le fait même de leur présence sur le sol français, ils seraient immédiatement devenus libres. Notre loi a flétri l'esclavage comme contraire à la morale et à la liberté.

162. — Voyons maintenant quelques applications de notre seconde règle.

Les conventions faites, par des époux français, en violation des articles 1388 et 1389, devraient être considérées comme nulles partout, même pour les biens situés dans un pays où la législation n'édicterait pas de semblables prohibitions. A l'inverse des époux étrangers qui auraient, par leur contrat de mariage, apporté des dérogations à la puissance maritale ou à la dévolution des successions dans la mesure où leur loi le leur permet, pourraient demander aux tribunaux français de sanctionner de telles stipulations, pourvu toutefois qu'elles ne portassent pas atteinte à l'ordre public; cela peut arriver, nous l'avons vu, en matière de puissance maritale, et aussi en matière de succession, quand des Français y sont intéressés. Sur ce dernier point il faudrait se reporter à la loi de 1819 fort critiquable assurément, mais qui n'en a pas moins eu la prétention d'édicter des mesures d'ordre public.

Ces points mis à part, nous ne verrions aucune raison pour empêcher un étranger d'exercer en France son droit d'aînesse, lorsque sa législation le consacrerait ou permettrait de le stipuler en sa faveur par contrat de mariage. Nous croyons de même qu'on devrait sanctionner en France la clause qui fixerait la religion dans laquelle les enfants devraient être élevés.

163. — L'article 1399 de notre code décide que « la commu-« nauté, soit légale, soit conventionnelle commencera du jour

« du mariage contracté devant l'officier de l'état civil. » C'est là une disposition impérative; toute communauté stipulée par des époux français devra commencer au jour du mariage; la clause contraire sera nulle partout.

Devra-t-il en être de même pour les étrangers? Nous ne le pensons pas. C'est là, en quelque sorte, une mesure de protection. Pendant le laps de temps qui s'écoulerait entre la célébration du mariage et la mise en œuvre de la communauté, un des époux, peu scrupuleux, pourrait modifier ou changer totalement la nature de sa fortune et s'enrichir aux dépens de son conjoint. Le législateur français a voulu protéger ses nationaux mariés contre de tels dangers; il ne lui appartient pas de prendre de semblables mesures de protection à l'égard des étrangers; leur législateur est souverain juge en ce point. Si donc il a cru pouvoir leur permettre une stipulation contraire à notre article 1399, pourquoi ne serait-elle pas valable en France?

164. — Nous donnerons une même solution en ce qui concerne la continuation de la communauté après le décès de l'un des conjoints. De la combinaison des articles 1441 et 1442 du code civil, il ressort manifestement que le législateur français défend cette continuation de la communauté. Les époux français ne pourraient stipuler une clause contraire. Mais si une loi étrangère autorise cette continuation, pourra-t-elle s'appliquer en France? Pourquoi pas; ni l'ordre et le crédit publics, ni les bonnes mœurs ne sont intéressés dans la question. Qu'importe, à tous ces points de vue, qu'une femme étrangère soit commune en biens avec les héritiers de son mari?

Certains auteurs, tout en admettant cette solution, voudraient y apporter une restriction et appliquer en cette matière notre article 815. Cette disposition de loi nous dit que nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision, ni la stipuler pour une durée de plus de cinq années. Nous rejetons cette manière de voir. Nous ne sommes pas, en effet, en présence d'une indivision proprement dite, mais bien d'une société, avec des règles spéciales et distinctes, soit, mais règles qui ne l'empêchent pas d'être

une véritable société. C'est donc plutôt les règles de la société qu'il faudra appliquer ici. L'article 1868 décide que la stipulation de la continuation de la société avec les héritiers de l'un des associés sera suivie; ce sera cet article, et non l'article 815, que l'on devra prendre en considération. La communauté pourra donc durer au delà de cinq années et se poursuivre jusqu'à l'époque fixée par le contrat de mariage ou la loi étrangère.

165. — La loi qui prohibe un certain régime ou en impose un unique est-elle réelle ou simplement prohibitive ou impérative? Le code italien défend de stipuler toute autre communauté que celle des acquêts; dans certains cantons suisses, le régime légal est obligatoire et les époux ne peuvent donner à leurs relations pécuniaires d'autres règles que celles édictées par les lois locales. Ces dispositions suivront-elles les nationaux partout, ne s'appliquant qu'à eux, ou bien seront-elles purement territoriales, frappant alors nationaux et étrangers?

La jurisprudence française s'est prononcée pour la réalité de semblables lois (1). Malheureusement elle ne donne pas les raisons de décider ainsi. On ne voit pas pourquoi, du reste, ces prohibitions ne seraient pas sanctionnées par les tribunaux étrangers; il n'y a aucun motif pour cela. En quoi les bonnes mœurs, l'ordre et le crédit publics sont-ils intéressés par ce qu'un Italien ne peut pas se marier sous le régime de la communauté des meubles et des acquêts, ou un Suisse sous tout autre régime que le régime exclusif de communauté? En quoi sont-ils intéressés, en Italie, parce qu'un immeuble par exemple, sera commun non à titre d'acquêt, mais par la volonté des époux, lorsque leur loi le permet? en Suisse, parce que le mari aura l'administration des biens de la femme comme chef d'un ménage qui a adopté le régime de communauté au lieu du régime sans communauté? Il est impossible de l'indiquer. Ce sont là des lois qui viennent restreindre l'autonomie des nationaux pour des motifs que le législateur national a seul à apprécier. Il ne nous

(1) Aix, 27 nov. 1854, D. P., 57, 2, 43; — Cass., 4 mars 1857, D. P., 57, 1, 109.

appartient pas, à nous législateurs ou tribunaux étrangers, de les reformer, ni surtout de donner à ceux qui y sont soumis le moyen de les violer.

Nous avons dit que les époux, au point de vue rationnel, devaient avoir une entière liberté pour régler leurs intérêts pécuniaires comme ils le veulent. Mais nous avons eu le soin de marquer les limites de son action : la volonté doit s'arrêter en face d'une disposition prohibitive ou impérative de la loi positive. C'est ici le cas. N'est-ce pas d'ailleurs encore une question de volonté qui est en jeu? Nous avons à rechercher quelle est cette volonté; nous ne devons jamais lui supposer l'intention de violer la loi à laquelle elle est soumise, quand cette intention n'est pas manifeste. Que si une telle volonté est formellement exprimée, nous ne devons pas la sanctionner, parcequ'elle a franchi les limites que lui avait tracées la loi, limites que cette loi avait le droit de lui imposer. Nous supposons évidemment une loi juste et légitime. En matière de contrat de mariage, bien que la loi restreigne la liberté, il est difficile de soutenir qu'elle va contre le droit naturel; la loi, en effet, n'est, dans ce cas particulier, que l'usage codifié.

A ces raisons d'ordre élevé viennent s'en joindre d'autres d'intérêt pratique. Si nous ne faisons observer chez nous les prohibitions étrangères par ceux qui s'y trouvent soumis, qu'y gagnerons-nous? Nous y gagnerons que nos prohibitions ne seront pas sanctionnées à l'étranger quand nos nationaux profiteront de leur présence sur ce territoire pour les violer. L'intérêt de chaque état se joint à la raison pour nous faire décider que les prohibitions du genre de celles dont nous nous occupons sont personnelles. Nous avons indiqué, dans notre introduction, que c'était un principe de droit international privé d'appliquer aux individus les lois qui ont été faites pour eux. C'est ici le cas d'appliquer ce principe tout aussi rationnel, surtout en matière de dispositions prohibitives ou impératives, que celui de l'autonomie en matière conventionnelle.

SECTION IV

DES GARANTIES ET AVANTAGES ACCORDÉS A LA FEMME MARIÉE.

166. — Les matières que nous allons traiter dans cette section auraient pu prendre place dans la précédente. Mais comme elles ont une importance particulière, nous avons cru devoir leur accorder une place spéciale.

§ I. — *Garanties.*

167. — Nous entendons par là les moyens fournis à la femme de se soustraire aux conséquences de l'administration malheureuse de son mari, d'arracher sa dot aux périls d'une telle administration, de prévenir sa ruine. Ces garanties sont le droit de renoncer à la communauté, de demander la séparation de biens, de stipuler l'inaliénabilité de la dot.

1° *Renonciation à la Communauté.*

168. — Presque toutes les législations, qui admettent le régime de communauté, consacrent, en faveur de la femme, le droit de renonciation. Dans les pays mêmes où la loi ne l'établit pas, comme en Espagne et en Portugal, la jurisprudence l'a introduit comme un contrepoids nécessaire à l'omnipotence du mari. Les conflits seront donc rares sur ce point. Quoiqu'il en soit, il faut bien déterminer la nature de ce droit.

Le droit de renonciation pourra-t-il être stipulé dans un contrat de mariage soumis à une loi muette à ce sujet? La question est un peu délicate. La faculté de renoncer est contraire à la nature du contrat de société, et la communauté est une société. Cependant, c'est une société spéciale, bien différente des sociétés ordinaires. C'est l'un des associés, le mari, qui en est le seigneur et maître; il a le droit de disposer des biens de la société sans le consentement de son coassocié, de la ruiner. Il semble donc être de toute justice de permettre à la femme de répudier une communauté que le mari a endettée sans son concours, une société dans l'administration de laquelle elle n'a été pour rien et qui pourrait ne lui causer que des ennuis et des embarras, sans

aucun profit pour elle. Le droit donc de renoncer à la communauté pourra toujours être stipulé, et, une fois acquis, partout il devrait être sanctionné.

169. — L'article 1453 de notre code civil défend toute stipulation par laquelle la femme s'interdirait de renoncer à la communauté. C'est là une disposition prohibitive du genre de celles que nous avons étudiées dans notre précédente section ; elle en aura donc tous les caractères.

2° *Séparation de biens.*

170. — Ce sera la loi applicable aux conventions matrimoniales, la loi expressément ou tacitement choisie par les époux, qui déterminera les causes pour lesquelles la séparation de biens pourra être demandée. En général, les législations n'indiquent pas de motifs précis; elles se contentent de mentionner la mise en péril de la dot de la femme, laissant aux tribunaux toute latitude pour apprécier l'existence de ce péril.

171. — En France, « toute séparation volontaire est nulle » (art. 1443, civ.); quelle est la nature de cette disposition? Elle a un caractère personnel ; elle se rattache à l'article 1395, dont elle n'est qu'une application et, par suite, participe de sa nature. Une séparation de biens volontaire serait tout simplement une modification, un changement du régime matrimonial; or, les époux français sont incapables à cet égard. Sans doute, la séparation judiciaire amènera bien nécessairement ce même résultat; mais c'est là une mesure qui se justifie par sa nécessité même. D'ailleurs, l'intervention des tribunaux et les précautions qui s'ensuivent en font disparaître la majeure partie des dangers. Par conséquent, des époux français qui auraient soumis leur régime matrimonial à l'empire d'une loi qui autoriserait la séparation de biens volontaire ne pourrait user de cette disposition.

Les époux étrangers pourront-ils, en France, bénéficier de leur loi à cet égard? Nous avons admis qu'ils pourraient modifier

ou changer leur régime matrimonial si leur loi les y autorisait; nous n'avons pas ici de motifs de décider autrement.

172. — L'article 1451 qui traite du rétablissement de la communauté dissoute par la séparation de biens, fait naître des observations analogues en ce qui concerne ses alinéas 3 et 4. Pour le second alinéa, nous renvoyons à ce que nous avons dit sur la forme et la publicité du contrat de mariage.

173. — Dans cette matière beaucoup de dispositions touchent à la procédure et comme telles sont régies par la loi du tribunal devant lequel la demande est portée, par la *lex fori*. Telles semblent être les dispositions des articles 1441, 1445, 1447, qui doivent être complétées par les articles 865 à 874 du code de procédure civile; ils ne sont applicables qu'en France. A l'étranger, l'époux Français devrait suivre les formes de procédure prescrites par la loi locale.

174. — Tel ne nous paraît pas être, le caractère de l'art. 1446. Il défend aux créanciers personnels de la femme de demander la séparation de biens sans son consentement. Il restreint l'application de l'article 1166. On ne pouvait, en effet, accorder à l'intérêt pécuniare des créanciers le droit d'intenter, sans le consentement de la femme, une action judiciaire susceptible de porter une profonde atteinte aux rapports personnels qui unissent les époux.

Il est évident que cette règle ne s'applique qu'aux créanciers français, mais les oblige partout. Ils ne pourront, à l'étranger, nonobstant l'existence d'une règle contraire, intenter à l'encontre d'époux français, une action en séparation de bien s ans le consentement de la femme. Les créanciers étrangers ne le pourront pas en France. Le pourront-ils dans leur patrie? Il nous semble que oui; un tribunal étranger, en effet, ne pourrait refuser à ses nationaux l'exercice d'un droit que la loi leur donne.

L'art. 1446 protégera donc les époux français partout contre des créanciers français, sur le territoire seulement contre les créanciers étrangers.

Les créanciers étrangers pourraient-ils exercer ce droit en

France, à l'encontre d'époux également étrangers, soumis à une loi qui autorise une semblable action? Ils le pourront, croyons-nous. C'est au législateur étranger de protéger le mariage de ses nationaux comme il l'entend; dès le moment qu'il autorise une mesure qui chez nous n'intéresse pas l'ordre public, nos tribunaux n'ont pas de raisons pour refuser de l'appliquer.

On le voit, notre article 1446 a une nature très complexe.

175. — Les effets de la séparation de biens seront déterminés par la loi applicable au contrat de mariage ou au régime des biens, et, une fois spécifiés, ils se produiront partout. Si ces effets sont plus étendus ou plus restreints que ne le porte notre article 1449, cette extension ou cette restriction devra être observée en France.

176. — La femme pourrait-elle s'engager par contrat de mariage à ne pas demander la séparation de biens? Au premier abord, il semble qu'on devrait répondre affirmativement à cette question. Il dépend, en effet, de la femme de faire naître la séparation de biens; cette séparation obtenue, la femme peut ne pas l'exécuter, ou même, après l'avoir exécutée, elle peut la faire cesser. Pourquoi donc ne pourrait-elle pas s'engager à ne jamais la demander?

Nous croyons qu'on doit décider qu'elle ne le peut pas, ou plutôt, que le mari ne peut stipuler une telle clause. En matière de conventions, il est un principe, c'est qu'on ne peut s'exonérer de la garantie qui résulte d'un fait personnel. Le mari ne peut donc convenir qu'il ne sera pas garant de sa mauvaise administration, et la seule sanction de cette garantie qu'il doit, c'est la perte de l'administration des biens de la femme, résultat qui sera obtenu par la séparation de biens.

3° *Inaliénabité de la dot.*

177. — « L'inaliénabilité de la dot, dit M. Brocher, est le « problème le plus difficile à résoudre en cette matière » (1). La

(1) *Cours de droit int. priv.* t. II, chap. V, n° 187, p. 175.

question de savoir si elle doit rentrer dans le statut réel, dans le statut personnel ou dépendre du principe d'autonomie est vivement controversée. Pour expliquer sa nature, on remonte jusqu'à l'empereur Auguste; on invoque les motifs qui amenèrent cet empereur à faire défense au mari d'aliéner les biens dotaux de sa femme. Aussi Froland, après avoir développé les motifs pour lesquels les uns considéraient ce statut comme réel, et les raisons que d'autres faisaient valoir pour la personnalité, finit en disant : « Je ne doute pas que ce détail de raisons dont les unes sont si « formellement opposées aux autres, ne vous embarrassent et « certainement il faut convenir qu'elles répandent beaucoup « d'obscurités sur la question (1). » Il se prononce pourtant pour la personnalité, « mais toutefois en tremblant. » Aussi Bouhier dit-il plaisamment : « La question est devenue un problème où « les raisons pour et contre ont été si habilement exposées par « un savant moderne, qu'il avoue ensuite qu'il ne sait où il en « est; que de quelque côté qu'il se tourne, il ne voit que des « écueils et des précipices (2). »

Cette question, si vivement controversée dans notre ancien droit, est encore fort débattue de nos jours. Les auteurs se prononcent, les uns pour la réalité, d'autres pour la personnalité; quelques-uns, c'est le petit nombre, déclarent qu'il s'agit ici d'une question de volonté.

178. — Fœlix (3) se prononce pour la réalité; malheureusement, il ne développe pas les raisons qui l'ont amené à adopter cette solution. Duranton (4) se range aussi à cette opinion. Voici les raisons que l'on donne en sa faveur : L'inaliénabilité a pour but de sauvegarder la dot de la femme afin qu'elle puisse se remarier. On invoque la règle romaine : *reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possint.* Il s'agit donc ici d'une question d'ordre public,

(1) Froland, *mém. la nature concernant et la qualité des statuts*, t. II, chap. 22.
(2) Bouhier, *coutumes de Bougogne*, chap. 27.
(3) T. I, n° 60, p. 107 (troisième édition).
(4) T. I, p. 52.

d'intérêt social et toutes les lois d'intérêt public sont réelles « Mais, répond M. Demangeat, est-il nécessaire de répéter « encore une fois que la maxime romaine, vraie dans un ordre « de choses où l'on encourageait les seconds mariages, ne « doit plus être invoquée dans nos sociétés chrétiennes (1).

On invoque encore l'article 3, § 2 du code civil : « les « immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont « régis par la loi française. » C'est là une disposition qui doit être écartée lorsque le juge est simplement appelé à interpréter la volonté des parties. C'est cette dernière et non la loi qui créée l'inaliénabilité.

M. Demolombe a très bien résumé les motifs qui doivent faire écarter ce système dans le passage suivant :

« 1° Le statut réel véritable proprement dit procède de la loi « et puise en elle sa force; ou plutôt le statut, c'est la loi elle- « même; or, ici, la force du prétendu statut ne viendrait que de « la convention privée des parties.

« 2° Le statut réel est toujours fondé sur une raison plus ou « moins puissante d'utilité publique, d'intérêt général; or, il est « difficile de reconnaître ce fondement dans un prétendu statut, « qui n'existerait qu'autant que les parties auraient déclaré en « vouloir; on ne trouve plus alors cette action, cette influence « générale et permanente qui appartient à toutes les lois, même « à celles auxquelles il est permis de déroger (2) ».

C'est néanmoins le système adopté par la jurisprudence française : « Attendu, — dit la Cour de Cassation, — que le « statut est personnel lorsqu'il règle directement et princi- « palement la capacité ou l'incapacité des personnes; que le « statut est réel, au contraire, lorsqu'il a principalement pour « objet la prohibition de disposer d'une espèce particulière de « biens et leur conservation; que dès lors il n'y a plus d'incer- « titude sur l'essence du statut romain; que l'inaliénabilité est, en

(1) Sur Fœlix, t. I, n° 90, p. 194, note a.

(2) T. I, n° 85, p. 99.

« effet, restreinte par ce statut aux biens dotaux, pendant la « durée du mariage, puisque la femme conserve la faculté de « disposer des biens non dotaux, faculté qu'elle ne conserverait « certainement pas si la prohibition dépendait de son incapacité « personnelle (1) ». Si c'était un statut réel, pourrait-on répondre à la Cour de Cassation, la femme n'aurait pas la faculté de stipuler l'aliénabilité de ses biens dotaux; or, elle le peut; ce n'est donc pas un statut réel. « Au surplus, dit M. Demangeat, « tout homme de bonne foi conviendra que, des différents arrêts « qui se sont prononcés sur la question, aucun n'est motivé en « droit d'une manière sérieuse (2) ».

179. — L'inaliénabilité dépend du statut personnel, soutient une seconde opinion. C'est une question de capacité, « le but de « la loi qui admet l'inaliénabilité, — dit M. Demangeat, — étant « de protéger la femme contre sa propre faiblesse, tout comme « elle protège le mineur en le déclarant incapable (3). »

Cette manière de voir et de raisonner est inadmissible, car les lois qui règlent l'état et la capacité ne dépendent pas de la volonté des personnes ; elles s'imposent à elles obligatoirement, sans pouvoir être modifiées, restreintes ni étendues.

180. — L'inaliénabilité de la dot ne pouvant rentrer ni dans le statut réel, ni dans le statut personnel, reste donc soumise, comme toute convention matrimoniale, à l'empire du principe d'autonomie. C'est, en effet, une simple convention privée dont les effets doivent être, avant tout, réglés d'après la volonté expresse ou vraisemblable des parties.

Ce n'est pas la loi qui crée l'inaliénabilité, ce sont les époux qui adoptent le régime dotal, qui, par conséquent, stipulent cette inaliénabilité. C'est si vrai que les parties, tout en adoptant le régime dotal, peuvent, si elles le jugent convenable, écarter le principe de l'inaliénabilité de la dot, ou le modifier à leur gré.

(1) Cass., 2 mai 1825, Sir.; 1825, 1, 117; — En ce sens : Cass. 27 fév. 1817 et 5 juil. 1842, Sir.; 1817, 1, 122; — Gar. des tribunaux, 14 juil. 1842.

(2) *Op. cit. eod. loc.*

(3) *Ibid.*

Lorsqu'elles l'adoptent, « les immeubles, — disent MM. Aubry « et Rau, — sont frappés, non d'une prohibition légale, mais « d'une simple interdiction conventionnelle d'aliéner (1). »

La clause d'inaliénabilité devra donc, comme toute autre stipulation matrimoniale, ressortir ses effets partout; ayant ses causes dans une convention, elle est revêtue de la force expansive qui s'attache, en principe, à toute manifestation de la volonté individuelle.

181. — Que décider au cas où les immeubles dotaux sont situés dans un pays dont la loi défend de stipuler leur inaliénabilité ?

Le régime dotal ne diffère pas, au point de vue de sa nature conventionnelle, des autres régimes matrimoniaux. Or, nous avons décidé que ces sortes de prohibitions n'étaient pas réelles, mais personnelles, qu'elles ne s'appliquaient qu'aux nationaux en les suivant partout. Nous ne voyons pas, dans l'hypothèse actuelle, de raisons particulières de donner une solution différente. En conséquence, dans un pays où la loi ne permet pas de stipuler l'inaliénabilité de la dot, la femme française pourra néanmoins invoquer cette inaliénabilité consacrée par sa loi, et les tribunaux étrangers devront la sanctionner.

Nous devons pourtant apporter une réserve. Il est possible qu'une telle prohibition revête un caractère d'ordre public. Dans ce cas la loi devient réelle et oblige toutes les personnes qui se trouvent sur le territoire. Ce sera donc une question à élucider. Comme le dit Rocco (2), on ne se pose qu'une question : la loi de la situation du bien veut-elle ou non l'inaliénabilité des biens dans un intérêt d'ordre public ou non ? « La loi du lieu de la « situation, — dit M. Brocher, — ne peut s'y opposer que « par des dispositions d'ordre public (3). » Il est évident que des lois prohibitives de l'inaliénabilité peuvent très bien n'avoir pas ce caractère.

(1) T. 1, § 31, note 20, p. 88.
(2) *Trattato di diritto civile internazionale,* liv. III, ch. XXII, p. 557.
(3) Brocher, *op. cit., eod. loc.*

Cette réserve faite, l'inaliénabilité devra prévaloir en tous pays. Ce sera la loi du contrat de mariage ou du régime tacitement voulu par les époux qui en fixera l'étendue et la portée. Ainsi une femme écossaise pourra opposer aux créanciers français la législation matrimoniale de sa patrie qui déclare inaliénables et insaisissables les objets mobiliers d'ornement ou d'utilité servant à son usage personnel. C'est ce qu'a jugé le tribunal de Boulogne-sur-Mer, et ces règles, dit-il, dérivant du régime légal, ont la même force que si elles eussent été inscrites dans des conventions matrimoniales (1).

§ II. — *Avantages.*

182. — Nous avons peu de choses à dire sur ce point. Ce sera la convention expresse ou tacite des époux qui réglera les avantages accordés à la femme. En France, la législation s'est montrée un peu marâtre à l'égard de la femme mariée ; si elle lui donne des garanties, elle ne lui accorde aucun avantage. Elle lui permet d'en stipuler et en prévoit quelques-uns, tels que la reprise d'apport franc et quitte et le préciput conventionnel. Lorsque de tels avantages auront été stipulés, on devra, pour les apprécier, rechercher la volonté des époux. C'est ainsi que pour déterminer l'étendue de la stipulation, par la femme française, de la reprise de son apport franc et quitte, sans autre explication, les tribunaux étrangers appelés à statuer sur ce point devront appliquer l'article 1514 du code civil. De même pour le préciput conventionnel, ces tribunaux devront, quelles que soient d'ailleurs les dispositions de leur propre législation, faire application de l'article 1515 de notre code qui statue que la femme n'aura droit au préciput qu'autant qu'elle aura accepté la communauté, s'il n'y a clause contraire.

183. — La question est pourtant controversée en ce qui touche le douaire. Cependant il est parfaitement loisible à la femme

(1) 11 fév. 1854, D. P., 54, 3, 37.

de stipuler un douaire conventionnel. Si la loi à laquelle les époux ont tacitement soumis leur association conjugale accorde à la femme un douaire légal, quelle différence y a-t-il entre les deux cas? Ici encore on devrait se conformer à la volonté des parties.

Notre jurisprudence s'est prononcée en sens contraire, et la Cour de Cassation décide que les questions qui se rapportent au douaire sont d'ordre essentiellement réel et tombent sous l'application de l'article 3, § 2. Deux époux originaires de Virginie s'étaient mariés dans cet état. La loi de cette province n'admet pas la communauté, mais assure à la femme un douaire sur le tiers des biens du mari, douaire qui peut être porté à la moitié; c'est ce qu'avait fait le mari dans l'espèce. Il mourut laissant deux enfants. Un immeuble situé à Paris se trouvait dans sa succession. La femme se prévalant du régime légal français demanda la moitié de cet immeuble. Elle échoua sur cette prétention et elle devait échouer. Sa loi n'autorisant par la communauté, elle n'avait pu la stipuler. La constitution d'un douaire annonçait du reste que les époux s'en étaient référés à leur loi pour leur régime matrimonial.

La femme alors demanda qu'on lui reconnut son douaire sur cet immeuble. Le tribunal de la Seine admit cette prétention, parce que les époux peuvent se prévaloir en tous lieux du régime adopté et qu'avec une solution contraire leurs plus légitimes espérances pourraient être trompées. Mais il réduisit le douaire au tiers, faisant à la cause application de l'article 1094, qui n'avait rien à voir dans la question. Du moment que le tribunal appliquait la loi américaine, il devait l'appliquer tout entière et sans distinction, sous peine de s'arrêter à un système bâtard toujours condamnable. La convention des époux devait recevoir son exécution intégrale dès le moment qu'elle ne violait pas une prohibition de leur loi nationale, ni en France, une disposition d'ordre public.

Mais la Cour d'appel réforma ce jugement. Ne se plaçant qu'au point de vue de l'immeuble et se fondant sur l'article 3, elle écarta d'une façon absolue les droits que la femme prétendait

comme douairière. Par les mêmes motifs, la Cour de Cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt. C'est là une erreur évidente : « On ne saurait, dit M. Renault, parler du douaire « comme s'il s'agissait d'un droit d'une nature particulière, qui « ne rentrerait pas dans le cadre de notre organisation de la « propriété foncière... Ce que l'on dit s'appliquerait à un droit « féodal, à une servitude imposée moins au fond qu'à la personne, « à une substitution prohibée. Cela ne saurait s'appliquer à un « douaire qui ne constitue nullement un droit particulier sur les « choses ; c'est une attribution de propriété faite par la loi ou la « convention (1). » Le douaire doit donc être traité comme tout autre avantage accordé à la femme ou stipulé par elle. Les raisons de distinguer font absolument défaut.

SECTION IV

DE L'INFLUENCE DU CHANGEMENT DE NATIONALITÉ OU DE DOMICILE SUR LE RÉGIME MATRIMONIAL.

184. — Si les époux changent de nationalité ou de domicile, leur régime des biens changera-t-il en même temps? Oui, disent certains auteurs suisses ainsi que les auteurs et la jurisprudence américaine. — Non, répondent les auteurs et la jurisprudence française, les auteurs anglais (en Angleterre il n'existe pas d'arrêt sur la question), les auteurs allemands et les auteurs italiens. La négative a donc pour elle la majorité des auteurs et des états.

Il semble rationnel de décider que le changement de nationalité ou de domicile, quand la loi de ce dernier s'applique, ne doit avoir aucune influence sur la loi des conventions matrimoniales. Cette loi, en effet, est purement supplétive, elle s'applique, non comme loi, mais à titre de convention. Pour dénier toute influence au changement de domicile, on peut encore faire valoir

(1) Sir., 1883, 1, 65.

une autre raison : le mari serait maître de changer comme et quand il lui plairait les conventions matrimoniales. Il peut transporter son domicile où bon lui semble et la femme est tenue de le suivre; il peut l'y forcer *manu militari :* on ne peut lui accorder ce pouvoir exorbitant de changer à son gré le contrat.

Cette raison vaut également, à l'égard du changement de nationalité, pour ceux qui admettent que la nouvelle nationalité obtenue par le mari englobe la femme de plein droit et sans son consentement.

Pour nous, nous n'admettons pas cette dernière solution. L'indépendance individuelle de la femme est fortement intéressée à ce que l'engagement, contracté par le mariage, ne porte que sur la nationalité actuelle, ou à ce que tout au moins une nationalité nouvelle ne puisse pas lui être imposée par un acte de pure volonté. Il nous parait que la puissance maritale ne va pas jusqu'à pouvoir obliger la femme à prendre une nationalité qu'elle ne veut pas.

Lors donc que le mari seul changera de nationalité, quelle que soit la loi de sa nouvelle patrie, ce changement ne saurait influer sur les conventions matrimoniales, parce qu'il manquera une chose importante, capitale : l'accord des volontés.

185. — Si les deux époux changent de nationalité et que leur nouveau pays consacre l'immutabilité du régime matrimonial et ne prohibe pas celui qu'ils ont odopté, pas de difficulté; ce changement n'aura aucune influence.

Si la nouvelle législation à laquelle les époux se trouvent soumis autorise le changement des conventions matrimoniales après la célébration de mariage, ils pourront profiter de cette disposition. Nous avons admis, en effet, que c'était là une question de capacité ; or, la capacité change avec la nationalité, et les époux deviennent capables de faire tous les actes que leur permet la loi de leur nouvelle patrie, alors qu'ils en auraient été incapables sous l'empire de leur ancienne législation. Ils deviendront donc capables de modifier et changer leur régime matrimonial dans la mesure où la loi nouvelle le leur permet.

186. — La question est plus délicate lorsque la législation de la nouvelle nation des époux, prohibe précisément le régime adopté par les conjoints. La nationalité subséquente, dit-on, ne doit pas, ne peut pas avoir d'effet rétroactif. Assurément, aussi n'aurait-elle d'effet que pour l'avenir et respecterait-elle les droits acquis.

Malgré cela, nous décidons que, même dans cette hypothèse, le changement de nationalité n'aura aucune influence sur le régime conjugal, sans quoi ce serait lui donner un effet rétroactif. Les droits de l'un des époux sur les biens de l'autre ne naissent pas de l'acte par lequel ces biens sont acquis, mais du mariage même; le droit est né avec le mariage, il n'y a que sa réalisation qui soit retardée. Le changement de nationalité ne saurait donc empêcher l'effet, quand il est impuissant à supprimer la cause.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Dans l'action *rei uxoriæ*, la femme a le droit de contraindre son mari, *manu militari*, à exécuter le *jussus* du juge.

II. — Le fils exhérédé prélève la dot dans la succession de son père par l'action *familiæ erciscundæ*.

III. — La femme qui, après avoir épousé un fils de famille et lui avoir livré sa dot à lui-même, intente, à la dissolution du mariage, contre son beau-père, l'action *rei uxoriæ de peculio*, doit être préférée à celui-ci sur les choses dotales ou achetées de l'argent dotal.

IV —. La suppression faite par Justinien des *retentiones propter res donatas*, *res amotas* ou *impensas utiles* n'empêche pas plus la compensation pour ces dettes spéciales que pour toutes autres quand elles sont certaines et liquides.

V. — La société se forme par le seul consentement des parties ; des paroles solennelles ni un acte écrit ne sont pas nécessaires.

VI. — Le dol ne rend pas nul les contrats de bonne foi.

VII. — Les sociétés privées ne sont pas des personnes morales.

VIII. — Lorsque des débiteurs corréaux sont associés, la compensation opposable au créancier par l'un d'eux, pourra également être opposée par les autres débiteurs.

DROIT FRANÇAIS

DROIT CIVIL.

I. — Les rivières ni navigables ni flottables appartiennent aux riverains.

II. — L'héritier donataire en avancement d'hoirie peut retenir au-delà de sa part de la réserve vis-à-vis d'un de ses cohéritiers donataire par préciput et hors part de la quotité disponible.

III. — Les créanciers qui n'auraient pas le droit de faire annuler un acte comme fait en fraude de leurs droits, parce que leur créance est postérieure à cet acte, peuvent néanmoins profiter de l'annulation quand elle a été prononcée à la requête des créanciers antérieurs à l'acte.

IV. — Le petit-fils donataire, venant par représentation à la succession de son grand-père, n'est pas tenu de rapporter la donation qu'il en a reçu.

V. — L'assistance du conseil judiciaire est nécessaire pour permettre, à celui qui en est pourvu, de stipuler par contrat de mariage, au profit de son conjoint, des avantages plus considérables que ceux résultant du régime de la communauté légale.

VI. — Sous le régime de la communauté, les époux peuvent stipuler l'inaliénabilité des biens de la femme.

VII. — Les époux peuvent se référer à une législation étrangère pour la réglementation du régime de leurs biens, pourvu que cette législation ne soit contraire ni à l'ordre public, ni à une disposition prohibitive.

VIII. — Dans le partage d'une communauté, la lésion rescisoire de plus du quart doit être calculée non seulement

sur la somme dont le copartageant lésé a été alloti dans l'actif net, mais bien sur la totalité des valeurs qui lui ont été attribuées dans la masse active, tant pour ses prélèvements que pour sa part dans l'actif net.

IX. — Le temps nécessaire à la prescription de 10 ou 20 ans, fondée sur la bonne foi et un titre translatif de propriété soumis à la formalité de la transcription, doit être compté du jour du contrat et non du jour de la transcription.

DROIT COMMERCIAL.

I. — La distinction entre les jugements faute de comparaître et faute de conclure doit être faite devant les tribunaux de commerce.

II. — Le vendeur d'un immeuble, dont le privilège n'a pas été inscrit avant la faillite d'un acquéreur, conserve néanmoins, à l'encontre des créanciers de ce dernier, son action résolutoire.

PROCÉDURE CIVILE.

I. — L'*exequatur* que les tribunaux français doivent donner aux jugements émanant des juridictions étrangères pour les rendre exécutoires en France, n'emporte pas le droit de reviser le fond de ces jugements, mais simplement de s'assurer que la décision ne contient rien de contraire à l'ordre public; que d'après la loi du pays où elle a été rendue, la décision est passée en force de chose jugée et est exécutoire; que les droits de ladéfense ont été respectés.

II. — Les tribunaux français sont compétents pour trancher tout litige, qui n'est pas contraire à l'ordre public, s'élevant entre étrangers dont l'un au moins est résidant en France, ou même si le litige est né en France.

DROIT PÉNAL.

I. — Nos tribunaux restent compétents et peuvent prononcer une peine pour violation de la loi pénale française, alors même que le coupable a été jugé en pays étranger pour la même infraction.

II. — L'ouverture, sans autorisation, d'un oratoire particulier ou d'une chapelle domestique ne peut donner lieu à une sanction pénale, les articles 44 de la loi du 18 germinal, an X, 1, 2 et 8 du décret du 22 décembre 1812 ne tombant pas sous l'application de l'art. 471, § 15 du code pénal.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

I. — La loi qui régit les conventions est celle que les parties ont déterminée par leur volonté expresse ou tacite.

II. — L'étranger, légalement divorcé dans son pays, ne peut se remarier dans un pays où le divorce n'est pas admis.

III. — La loi applicable au droit des choses est la loi de leur situation toutes les fois que le régime économique, l'organisation de la propriété et le crédit public de l'état où elles se trouvent sont intéressés.

IV. — La loi applicable aux droits de succession est la loi nationale du défunt quels que soient ses héritiers et la situation des biens.

V. — La femme étrangère a une hypothèque légale sur les biens que son mari possède en France ou dans tout autre pays où cette garantie est accordée à la femme mariée, quand sa loi personnelle lui accorde cette hypothèque, sous réserve de se conformer aux lois de la situation.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. — Est valable la disposition par laquelle un testateur,

après avoir fait un legs au profit d'un établissement public, déclare que ce legs sera sans effet pour le tout, dans le cas où, par une cause quelconque, il ne recevrait pas son exécution complète et intégrale, et qu'un tiers sera appelé à le recueillir au lieu et place de l'établissement public.

II. — Tout français majeur étant libre de vivre où il veut et avec qui il veut, il en résulte que le gouvernement ne peut dissoudre une association par voie administrative, mais qu'il doit recourir aux tribunaux ordinaires.

III. — Les maisons servant au logement des ministres des cultes, bien qu'appartenant à la commune ou au département, ne peuvent être pavoisées ou illuminées sans l'autorisation de l'habitant légal.

Vu par le président de l'acte public,
C. DE LA MÉNARDIÈRE.

Vu par le Doyen,
LÉOPOLD THÉZARD.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur,
A.-ED. CHAIGNET.

Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatives à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (Statuts du 9 avril 1825, art. 41), mais non des opinions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur toutes les matières de l'enseignement.

ERRATA

DROIT ROMAIN

Page 5, ligne 30, au lieu de latium, lisez : *Latium.*
— 9, — 12, — *de Plano*, — *de plano.*
— 18, — 21 et 27 — dissout, — *dissous.*
— 19, — 2 et 10 — *id.* *id.*
— 28, — 16, — *sœer*, — *socer.*
— 30, — 30, — dissout, — *dissous.*
— 36, — 2, — *pernide*, — *perinde.*
— 36, — 13, — *ignoros*, — *ignoras.*
— 46, — 31, — *divorti*, — *divortio.*
— 47, — 4, — *cæducæ*, — *cæduæ.*
— 47, — 19, — *quemud*, — *quemad.*
— 55, — 29, — Marcieu, — *Marcien.*
— 55, — 34, — étant donné, lisez : *étant donnés.*
— 58, — 4, — périt on se détériore, lisez : *périt ou se détériore.*
— 65, — 19, — elle l'a aliéné, lisez . *elle l'a aliénée.*
— 69, — 1, — *cæpit* — *cœpit.*
— 98, — 14, — *ad hucvivente*, — *adhuc vivente.*

DROIT FRANÇAIS

Page 107, ligne 30, au lieu de la doctrine et la personnalité, lisez : *la doctrine de la personnalité.*
Page 119, ligne 1, au lieu de ne peut survivre de la dissolution, lisez : *ne peut survivre à la dissolution.*
— 138, — 11, — de l'époux du débiteur, lisez : *de l'époux débiteur.*
— 195, — 22, — Odin, lisez : *Odier.*
— 203, — 12, (note 2), au lieu de étant donné la tendance lisez : *étant donnée la tendance.*
— 220, — 29, au lieu de il déclarent, lisez : *ils déclarent.*

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

1. Comment est née l'idée de dot..... 1
2. Définition de la dot..... 1
3. Comment on fut amené à stipuler la restitution de la dot..... 2
4. Diverses actions destinées à assurer cette restitution..... 2
5. Division..... 3

PREMIÈRE PARTIE

DE L'ACTION REI UXORIÆ CONSIDÉRÉE EN ELLE-MÊME.

CHAPITRE I

ORIGINES ET NATURE DE L'ACTION REI UXORIÆ.

6. Exposé..... 4

SECTION I

ORIGINES DE L'ACTION REI UXORIÆ.

7. Diverses sortes de mariages à Rome..... 4
8. Leurs effets au point de vue de la dot..... 5
9. Apparition des divorces..... 5
10. Dangers du régime dotal ancien..... 6
11. Remèdes qui y sont d'abord apportés..... 6
12. Action rei uxoriæ..... 7

SECTION II

NATURE DE CETTE ACTION.

13. Caractères de cette action..... 8
14. Elle est personnelle..... 8

15. Pouvoirs d'appréciation du juge..... 9
16. Est-elle de bonne foi?..... 10
17. Est-elle arbitraire?..... 10
18. L'action *rei uxoriæ* est soustraite aux règles restrictives de la capacité juridique..... 11

CHAPITRE II

DES CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR DONNER OUVERTURE A L'ACTION REI UXORIÆ.

19. Enumération de ces conditions..... 13

SECTION I

NI STIPULATION NI PACTE.

20. On peut stipuler la restitution de la dot..... 13
21. Cas où il n'y a pas lieu à l'action *rei uxoriæ*..... 14

SECTION II

DISSOLUTION DU MARIAGE.

22. Deux règles..... 14
23. Fondement de la première de ces règles..... 15
24. Dissidences au sujet de la seconde..... 15
25. Système vrai..... 16
26. Exceptions à ces règles..... 17

SECTION III

DISSOLUTION PAR LA MORT DU MARI OU LE DIVORCE.

27. Motifs de cette condition..... 18
28. Hypothèses spéciales..... 19

CHAPITRE III

A QUI COMPÈTE L'ACTION REI UXORIÆ.

29. Division du chapitre..... 20

SECTION I

DISSOLUTION DU MARIAGE PAR LE DIVORCE OU LA MORT DU MARI.

30. Distinctions à faire..... 20

§ I. — *La femme est* SUI JURIS.

31. Elle exerce elle-même l'action. — A quel moment faut-il se placer pour déterminer son état?..... 20

§ II. — *La femme est* ALIENI JURIS.

32. L'action appartient au père qui ne peut l'exercer qu'avec le consentement de sa fille..... 21
33. Pourquoi?..... 22
34. Cas ou le père et la fille pourront agir l'un sans l'autre..... 22

SECTION II

DISSOLUTION DU MARIAGE PAR LA MORT DE LA FEMME.

35. Pour qu'il y ait lieu à l'ouverture de l'action *rei uxoriæ* il faut que la dot soit profectice..... 23
36. La dot revient toujours au père..... 24
37. La dot n'est-elle profectice que quand elle est constituée par le le père? Controverse..... 24
38. Résumé..... 26

CHAPITRE IV

CONTRE QUI ET A QUELLE ÉPOQUE PEUT ÊTRE EXERCÉE L'ACTION REI UXORIÆ. — DE LA PREUVE.

39. Division..... 27

SECTION I

CONTRE QUI SERA EXERCÉE L'ACTION REI UXORIÆ.

40. Elle est exercée contre quiconque a reçu la dot..... 27

§ I. — *Le mari est* SUI JURIS.

41. L'action sera exercée contre lui..... 27

§ II. — *Le mari est* ALIENI JURIS.

42. Distinctions à faire..... 28

§ III. — *Le mari de* SUI JURIS *est devenu* ALIENI JURIS.

43. L'action sera poursuivie contre l'adrogeant..... 28
44. L'adrogé en sera également tenu..... 29

§ IV. — D'ALIENI JURIS *le mari est devenu* SUI JURIS.

45. Distinctions..... 29

a). Le mari devient SUI JURIS *par suite de la mort du chef de famille.*

46. Le mari est tenu de l'action *rei uxoriæ*..... 29
47. Les héritiers en sont également tenus..... 30
48. *Quid*, si le mari est institué héritier sous condition..... 30

b). Le mari devient SUI JURIS *par émancipation.*

49. Mêmes distinctions que précédemment..... 31
50. Résumé..... 31

SECTION II

A QUELLE ÉPOQUE PEUT ÊTRE EXERCÉE L'ACTION REI UXORIÆ.

51. L'époque de la restitution varie suivant la nature de la dot.... 32
52. En est-il de même pour l'exercice de notre action..... 33
53. Ne peut-elle jamais être exercée *constante matrimonio?*..... 34

SECTION III

DE LA PREUVE

54. Distinctions à faire..... 35

§ I. — *Le constituant agit lui-même.*

55. Il doit prouver la livraison de la dot..... 35
56. *L'instrumentum dotale* ne fournit pas une preuve suffisante... 36

§ II. — *La femme agit à raison d'une dot constituée par un tiers*

57. Il lui suffit de prouver que le mari a pu se faire payer. — Distinctions..... 36
58. Difficultés naissant de la loi 33, D. *de jure dotium.* — Sa contradiction avec la loi 41, pr. D. *de re judicata*..... 37
59. Conciliation de ces deux textes..... 38
60. Suite de l'explication de la loi 33..... 39
61. Objet de la seconde partie de cette étude..... 40

DEUXIÈME PARTIE

DE L'ACTION REI UXORIÆ CONSIDÉRÉE DANS SES EFFETS.

CHAPITRE I

OBJET DE LA RESTITUTION POURSUIVIE PAR L'ACTION REI UXORIÆ.

62. L'action *rei uxoriæ* a pour objet la restitution de toutes les choses apportées en dot. — Division..... 41

SECTION I

CHOSES CORPORELLES.

63. Leur nature. — Division..... 41

§ I. — *Corps certains non estimés*

64. Double obligation du mari..... 42

A. *Corps certains proprement dits.*

65. Il doit les rendre en nature et dès la mise en demeure..... 42
66. Responsabilité du mari 43
67. Conciliation des lois 17, pr. D. *de jur. dot* et 23, *de reg. jur.*. 44

B. *Accessoires qui doivent être restitués avec les corps certains.*

68. Etendue de l'obligation du mari. — Diverses sortes d'accessoires. 44

1° *Accessoires proprement dits.*

69. Ils se divisent en quatre espèces et deux genres..... 44

a). Première espèce.

70. Nature de ces accessoires..... 45
71. *Quid* pour le trésor trouvé sur le fonds dotal..... 45
72. Immeuble indivis..... 46

b). Deuxième espèce.

73. Nature de ces accessoires..... 47

c). Troisième espèce.

74. En quoi consistent ces accessoires 48
75. Diverses situations qui peuvent se présenter..... 48
76. Suite..... 48
77. Suite..... 48
78. Difficultés venant des lois 17, *de jur. dot.* et 31, § 4, *sol. mat.* 49

d). Quatrième espèce.

79. Succession de l'affranchi..... 50
80. Hypothèses diverses..... 50

2° *Fruits et intérêts.*

81. Comment se répartissent les fruits de la dernière année?..... 51
82. *Quid,* si la dernière année se compose des fruits de deux périodes? 52
83. Suite..... 53

§ II. — *Corps certains estimés.*

84. Il y a deux sortes d'estimation..... 54

A. *Estimation pure et simple.*

85. Elle vaut vente..... 54
86. Différences avec une vente ordinaire 55

87. La vente est nulle si elle dissimule une donation. La chose est dotale et non le prix 56
88. Cas où il y a erreur sur le fait même de l'estimation 56

B. *Æstimatio taxationis causa.*

89. Hypothèses diverses 57

a). Première hypothèse.

90. Simple clause que l'estimation ne vaut pas vente 57
91. Responsabilité du mari 58

b). Deuxième hypothèse.

92. Obligation alternative du mari 59

§ III. — *Choses fongibles.*

93. Délais accordés au mari. — Risques 59
94. Condition des immeubles acquis des derniers totaux 60

§ IV. — *De la permutatio dotis.*

95. Définition 62
96. Conditions de validité 62
97. Différentes manières dont elle peut avoir lieu 63
98. Risques 63

SECTION II

CHOSES INCORPORELLES.

99. Objet de l'action *rei uxoriæ* lorsque la dot consiste en choses incorporelles 63

§ I. — *Usufruit.*

100. Distinctions à établir 64

A. *La nue propriété appartient à un étranger.*

101. Comment le mari restituera-t-il l'usufruit? 64

B. *La nue propriété appartient au mari.*

102. Le mari doit constituer un nouvel usufruit 64

C. *La nue propriété appartient à la femme.*

103. Le mari a conservé ou laissé périr son droit d'usufruit 65
104. *Quid*, s'il l'a perdu? 65
105. *Quid*, s'il l'a conservé 65
106. *Quid*, si la femme a vendu le fonds à son mari 66

§ II. — *Servitudes.*

107. Le mari doit restituer la servitude..... 66
108. Difficultés..... 67

§ III. — *Droits de créance.*

109. Comment s'opère la restitution des créances. — Diverses hypothèses..... 67

A. *Elle a été constituée par promesse.*

110. Distinctions à faire..... 67
111. La constitution de dot a pour objet la dette du mari..... 67
112. Elle a pour objet la dette d'un tiers..... 68
113. Responsabilité du mari dans ce second cas..... 69

B. *La dot a été constituée par délégation.*

114. Mêmes solutions que dans le cas précédent. — Règles de la délégation..... 69
115. Les risques sont-ils à la charge du mari?..... 70
116. Résumé..... 71

CHAPITRE II

DES RETENUES QUE PEUT FAIRE LE MARI ET DES EXCEPTIONS SPÉCIALES QU'IL PEUT OPPOSER A L'ACTION REI UXORIÆ.

117. Diverses causes de retenues. — Exception..... 72

SECTION I

DES RETENTIONES.

118. Leur énumération..... 72

§ I. — *Retentio propter liberos.*

119. Condit ons nécessaires à son exercice..... 73
120. Quotité de cette retenue..... 74
121. Peut-on par des pactes modifier son étendue et sa quotité?... 74
122. Elle ne donne pas naissance à une action..... 75
123. Elle exige certaines circonstances et la présence de certaines personnes..... 75

§ II. — *Retentio propter mores.*

124. Conditions et quotité de cette retenue..... 76
125. Circonstances où elle peut être exercée..... 76
126. Peut-on cumuler ces deux *retentiones*..... 77

§ III. — *Retentio propter impensas.*

127. Diverses sortes de dépenses..... 78

A. *Impenses nécessaires.*

128. Définition 78
129. Quotité de la retenue. — Diverses hypothèses..... 79
130. Le mari a une *condictio* pour répéter ces sommes 80

B. *Impenses utiles.*

131. Définition. — Quotité de la retenue..... 80
132. Le mari n'avait pas d'action avant Justinien..... 80

C. *Impenses satuptuaires.*

133. Définition et quotité de la retenue..... 80
134. Trait caractéristique de cette *retentio* et des suivantes..... 81

§ III. — *Retentio propter res donatas.*

135. Conditions nécessaires pour que les donations donnent lieu à une retention..... 81
136. Action..... 81

§ IV. — *Retentio propter res amotas.*

137. Cas où elle a lieu. — Action..... 82
138. Peut-on cumuler ces *retentiones?*..... 82

SECTION II

EXCEPTION QUOD FACERE POTEST.

139. Renvoi 83

CHAPITRE III

CAUSES D'EXTINCTION SPÉCIALES A L'ACTION REI UXORIÆ.

140. Division..... 84

§ I. — *Mort de la femme après le divorce.*

141. L'action est éteinte si le mari n'a pas été mis en demeure 84

§ II. — *Le mari est mort laissant un legs à sa femme.*

142. La femme a le choix entre sa dot et le legs..... 85

CHAPITRE IV

FAVEURS ACCORDÉES A L'UN ET A L'AUTRE ÉPOUX DANS L'ACTION REI UXORIÆ.

143. Motifs de ces faveurs..... 86

SECTION I

PRIVILÈGE DE LA FEMME.

144. La créance de la femme est privilégiée au regard des créanciers chirographaires. — Nature de ce privilège 86
145 Rang de ce privilège..... 86

SECTION II

FAVEUR ACCORDÉE AU MARI.

146. Bénéfice de conpétence. — Ses raisons d'être..... 87
147. Qu'entend-on par facultés du mari..... 88
148. Caractères de ce bénéfice..... 89
149. Cette exception n'a pas besoin d'être insérée dans la formule de l'action *rei uxoriæ*..... 90

TROISIÈME PARTIE

INNOVATIONS DE JUSTINIEN.

150. Façon dont Justinien opère ses réformes..... 91

CHAPITRE I

RÈGLES DE L'ACTION EX STIPULATU MAINTENUES PAR JUSTINIEN.

151. Elle peut être exercée dans tous les cas de dissolution du mariage..... 92
152. Suppression des *retentiones*..... 92
153. L'edit *de altenitro* ne s'applique plus..... 93

CHAPITRE II

RÈGLES DE L'ANCIENNE ACTION EX STIPULATU REJETÉES PAR JUSTINIEN ET REMPLACÉES PAR CELLES DE L'ACTION REI UXORIÆ.

154. La nouvelle action peut être exercée par les mêmes personnes et dans les mêmes conditions que l'action *rei uxoriæ*..... 94
155. Le mari conserve le bénéfice de compétence mais doit donner caution de payer le surplus quand il le pourra..... 94
156. Elle est de bonne foi..... 95

CHAPITRE III

RÈGLES REMPLACÉES PAR DES INNOVATIONS.

157. Délais nouveaux. — Fruits et revenus..... 96
158. Hypothèque priviligiée de la femme sur les objets dotaux.... 96
159. Hypothèque tacite et priviligiée sur les biens du mari..... 97
160. Conflit entre les droits de deux femmes successives du même mari..... 98

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION

APERÇU GÉNÉRAL. — TERMINOLOGIE. — LA FAMOSISSIMA QUÆSTIO. — POSITION DE LA QUESTION DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

I. — *Aperçu général.*

1. Diversité des législations. — Sa nécessité..... 99
2. Objet du droit international privé..... 100
3. Objet de notre étude..... 101

II. — *Terminologie (théorie des statuts).*

4. Comment est née la théorie des statuts..... 102
5. Diverses espèces de statuts. — Règles qui en sont nées..... 102
6. Erreur et vérité de cette théorie. — Sa limitation..... 103
7. Complément de cette théorie..... 104
8. Adoption de sa terminologie. — Signification des termes : réel et personnel..... 105

III. — *La famosissima quæstio.*

9. Origine de cette controverse..... 105
10. Opinion de Dumoulin. — Il est combattu par d'Argentré..... 106
11. Continuation de la lutte. — Froland. Guy Coquille..... 107
12. Boullenois. Bouhier. Jurisprudence. Pothier,..... 109
13. La discussion sort de France..... 111
14. Jean Voct trouve le vrai nœud de la question..... 111
15. La théorie de Dumoulin a universellement triomphé..... 112

VI. — *Position de la question de droit international privé.*

16. Nature de notre étude. — Ses difficultés..... 112
17. Hypothèses du conflit..... 113
18. Il faut écarter la théorie des statuts, s'affranchir de l'influence de la tradition..... 113
19. Division. — Méthode..... 114

CHAPITRE I

DES RÉGIMES DE BIENS ENTRE ÉPOUX ADMIS PAR LES DIVERSES LÉGISLATIONS.

20. Formation des législations européennes. — Division..... 115

DROIT FRANÇAIS.

21. Ancien droit..... 116
22. Le législateur de 1804 a conservé les anciens régimes. — Régime légal..... 117

A. *Régime de communauté.*

23. Communauté des meubles et acquêts. — Trois patrimoines. — Actif..... 117
24. Passif..... 118
25. Droits du mari..... 118
26. Dissolution..... 118
27. Modifications de ce régime..... 119

B. *Régime sans communauté.*

28. Son organisation..... 119

C. *Régime de la séparation de biens.*

29. Son organisation..... 119

D. *Régime dotal.*

30. Sa nature. — Division des biens de la femme..... 120
31. Biens dotaux. — Leur inaliénalilité. — Administration du mari. 120
32. Biens paraphernaux. Droits de la femme sur eux..... 121

SECTION I

PAYS DE DROIT ROMAIN.

33. Caractères du régime dotal en droit romain..... 121

§ I. — *Italie.*

34. Régimes admis par la loi italienne..... 122
35. Régime dotal..... 123
36. Absence de régime légal..... 123

§ II. — *Espagne.*

37. Régime légal. — Communauté. — Comment il s'est introduit.. 123

A. *Régime dotal.*

38. Pouvoirs du mari. — Dot estimée ou non..... 124
39. Aliénabilité de la dot..... 125
40. Hypothèque légal. — *Arras.* — Séparation de biens..... 125

B. *Régime de communauté.*

41. Communauté réduite aux acquêts. — La femme peut y renoncer durant le mariage..... 126

§ III. — *Portugal.*

42. Divers régimes..... 126

A. *Régime dotal.*

43. Il a les caractères du régime romain..... 127
44. Biens paraphernaux..... 127

B. *Régime de communauté.*

45. Comment il prit naissance..... 127
46. C'est la communauté universelle. — Biens qui en sont exclus.. 128
47. Droits des époux..... 128
48. Etats latins d'Amérique..... 128

§ IV. — *Grèce.*

49. Avant l'invasion turque, elle suivait le droit romain..... 129
50. Sa situation après l'invasion turque..... 130
51. Serbie..... 130

SECTION II

PAYS DE DROIT GERMANIQUE.

52. Aperçu historique..... 131
53. Organisation de la famille..... 132

§ I. — *Scandinavie.*

Premier groupe : Islande. Darnemark. Norwège.

54. Comment se généralisa la communauté..... 134

A. *Régime de communauté.*

55. Communauté française et communauté universelle..... 135

B. *Régime exclusif de communauté.*

56. Il est le même qu'en droit français..... 135
57. Séparation de biens..... 136

Deuxième groupe : Suède.

58. Régime légal. — Communauté d'acquêts..... 136
59. Code de 1734..... 137
60. Administration, dissolution, partage de la communauté, etc.... 138

§ II. — *Hollande.*

61. Régime légal. — Communauté universelle..... 138

SECTION III

PAYS OU L'ÉLÉMENT ROMAIN ET L'ÉLÉMENT GERMANIQUE SE SONT FUSIONNÉS.

62. Divers types des régimes de biens dans ces pays..... 139

1° *Régime de l'union des biens.*

63. C'est le régime sans communauté du droit français..... 140

2° *Régime de la communauté.*

64. Division..... 140

A. *Communauté universelle.*

65. Actif et passif..... 141

B. *Communauté particulière.*

66. Communauté des meubles et communauté d'acquêts..... 141

3° *Régime dotal et de l'usufruit marital.*

67. C'est le régime romain..... 142
68. Régime de l'usufruit marital..... 142

§ I. — *Allemagne.*

69. On y trouve ces trois régimes..... 142

A. *Régime de l'union des biens.*

70. Application des articles 1530 à 1535 du code civil français.... 142

B. *Communauté.*

71. Pays où elle est le régime légal..... 143
72. Epoque où elle commence..... 143
73. Elle est universelle ou réduite..... 144

C. *Régime dotal.*

74. Il existe tel que nous l'avons donné..... 144
75. Variétés innombrables de ces régimes..... 145

§ II. — *Autriche.*

76. On y retrouve les trois mêmes régimes matrimoniaux. — Régime de droit commun..... 145
77. Communauté. — Elle est universelle ou réduite..... 146
78. Avantages accordés à la femme..... 147

§ III. — *Suisse.*

79. Indépendance des cantons..... 147
80. Régimes principaux..... 148
81. Régime sans communauté. — Pouvoirs excessifs du mari..... 148
82. Communauté d'acquêts. — C'est celle du droit français..... 148
83. Régime dotal. — Règles ordinaires de ce régime. — Privilège de la femme dans la faillite du mari..... 149

§ IV. — *Monaco.*

84. Même législation qu'en France..... 149

§ V. — *Belgique.*

85. Elle suit la législation française. — Différence au point de vue de l'hypothèque légale de la femme mariée..... 149

SECTION IV

DROIT RUSSE.

86. L'unité de législation n'existe pas..... 150

§ I. — *Russie.*

87. Le régime légal est la séparation de biens. — Le régime usuel est la communauté..... 150

§ II. — *Pologne.*

88 Le régime légal est le régime exclusif de communauté..... 151

§ III. *Provinces Baltiques.*

89. Trois droits différents..... 152

§ IV. — *Grand duché de Finlande.*

90. Régime de la communauté universelle obligatoire..... 152

SECTION V

DROIT ANGLO-AMÉRICAIN.

§ I. — *Angleterre.*

91. Origines du droit anglais..... 153
92. Droit matrimonial avant 1870..... 154
93. Réformes accomplies par les lois de 1870, 1874 et 1882..... 154

§ II. — *Etats-Unis.*

94. La législation anglaise, dans son dernier état, a été empruntée aux Etats-Unis 155

CHAPITRE II

DE LA CAPACITÉ SPÉCIALE EN MATIÈRE DE CONTRAT DE MARIAGE.

95. Divers âges auxquels on a une capacité différente..... 157
96. Aperçu de droit comparé en matière de capacité..... 158
97. Position de la question de droit international privé relative à la capacité..... 160

SECTION I

DROIT FRANÇAIS.

98. L'état et la capacité sont déterminées par la loi nationale..... 160
99. Controverse. — Loi du domicile..... 160
100. Application de cette solution à notre question. — Articles 1398 et 1388..... 162
101. Articles 1389 et 1390. — Renvoi..... 163
102. Articles 1394 et 1395. — Controverse..... 163
103. Article 1396. — Il relève de statut personnel..... 166
104. Article 1397..... 166
105. *Quid*, quand des étrangers se marient en France..... 166

SECTION II

DROIT COMPARÉ.

106. Pays dont la législation consacre le principe de la nationalité. 168
107. Pays dont la législation consacre le principe du domicile..... 168

SECTION III

CONCLUSION. — LOI APPLICABLE D'APRÈS LES PRINCIPES RATIONNELS.

108. Principe rationnel. — Loi nationale..... 169
109. Exceptions au principe..... 170

CHAPITRE III

DES FORMES DU CONTRAT DE MARIAGE ET DE SA PUBLICITÉ.

110. Diverses classes de formalités..... 172
111. Aperçu de droit comparé en matière de forme et de publicité du contrat de mariage..... 172
112. Question de droit international privé relative à la forme du contrat de mariage..... 175

SECTION I

DROIT FRANÇAIS.

§ I. — *Formes du contrat de mariage.*

113. Consécration de la règle : *locus regit actum*..... 175

114. Etendue de cette règle. — Controverse..... 176
115. Doctrine et jurisprudence..... 178

§ II. — *Publicité du contrat de mariage.*

116. Mode de publicité..... 179
117. Ce sont des questions de formes soumises à la règle *locus regit actum*. — Jurisprudence. — Application à l'étranger des articles 67 et 69 du cod. de com..... 180

SECTION II

DROIT COMPARÉ.

118. Pays où la règle *locus regit actum* est admise..... 181
119. Restrictions apportées par quelques législations..... 182

SECTION III

CONCLUSION. — LOI APPLICABLE D'APRÈS LES PRINCIPES RATIONNELS.

120. La forme des actes est régie par la loi du lieu de leur passation..... 183
121. Y a-t-il à faire une distinction entre les formes solennelles et non solennelles? — Controverse..... 183
122. Notre règle est-elle impérative ou facultative..... 186
123. Souffre-t-elle des exceptions?..... 188
124. Elle s'applique à la preuve..... 188
125. Publicité..... 189

CHAPITRE IV

DE LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT DE MARIAGE CONSIDÉRÉ AU POINT DE VUE DU RÉGIME DES BIENS QU'IL ÉTABLIT ENTRE ÉPOUX.

126. Hypothèses où se pose la question de droit international privé. — Elle a un double aspect..... 190

SECTION I

LOI APPLICABLE AU CONTRAT DE MARIAGE D'APRÈS LES DIVERSES LÉGISLATIONS.

§ I. — *Droit français.*

A. *Un contrat de mariage a été rédigé.*

127. La loi applicable au contrat est la loi voulue par les parties... 191
128. La volonté des parties s'induit de l'établissement du domicile matrimonial. — Doctrine et jurisprudence..... 192

B. *Aucun contrat n'a été rédigé.*

129. Dans ce cas encore on applique la loi du domicile matrimonial. — Doctrine. — Controverse..... 194
130. Les conventions doivent recevoir partout leur exécution..... 196
131. Jurisprudence. — On y trouve cinq systèmes. — Résumé... 196

§ II. — *Droit comparé.*

I. — BELGIQUE.

132. Principe du domicile..... 201

II. — ITALIE.

133. Principe de la nationalité..... 202

III. — SUISSE ET ALLEMAGNE.

134. Théorie du domicile..... 204
135. La loi applicable regit-elle l'association conjugale en tant que loi ou comme convention?..... 204

IV. — DROIT ANGLO-AMÉRICAIN.

136. Les époux ont fait un contrat..... 206
137. Ils n'ont pas fait de contrat..... 207
138. Jurisprudence anglaise plus libérale que la jurisprudence américaine..... 208

SECTION II

PRINCIPES RATIONNELS APPLICABLES A LA SOLUTION DE NOTRE QUESTION.

§ I. — *Théorie de l'autonomie. — Son application à notre matière.*

139. Nécessité d'un principe..... 209
140. Du rôle de la volonté dans les conventions en droit interne... 210
141. Application de cette théorie au droit international privé. — Raison de cette application. — Rapport juridique. — Formule du principe..... 211
142. Le régime légal est-il conventionnel?..... 212
143. Objections..... 214
144. Cette théorie est consacrée par notre code civil (art. 1134 et 1387)..... 215
145. *Quid* lorsque la volonté des époux n'est pas manifeste?..... 215
146. Il faut compléter le principe d'autonomie par le principe de la nationalité..... 216

§ II. — *Systèmes dissidents.*

147. Leur nombre..... 218
148. Système de la loi nationale..... 219
149. Système de la loi nationale et du domicile matrimonial..... 219
150. Système du domicile matrimonial seul..... 220
151. Système de la loi de la situation..... 222
152. Système de la loi du lieu où l'acte a été fait..... 222

SECTION III

ÉTENDUE D'APPLICATION DU PRINCIPE RATIONNEL. — SES CONSÉQUENCES.

153. Point de vue auquel on se place pour cette étude..... 223

§ I. — *Etendue d'application du principe d'autonomie en notre matière.*

154. La loi choisie par les époux règle les conditions de fond du contrat de mariage. — Cause. — Objet. — Consentement.. 224
155. Cette même loi décidera si le régime des biens peut être soumis à une condition. — S'il y a lieu à remploi et récompense... 225
156. Pouvoirs d'administration du mari..... 225
157. Distinction des biens. — Limite de l'application de la loi..... 226
158. Libéralités entre époux. — Quelle loi leur est applicable?.... 227
159. Généralités 228

§ II. — *Des exceptions au principe d'autonomie.*

160. Double règle. — Difficulté d'application..... 228
161. Applications de la règle relative à l'ordre public..... 229
162. Applications de la règle relative aux lois prohibitives ou impératives..... 230
163. Suite. — Article 1399..... 230
164. Suite. — Articles 1441 et 1442..... 231
165. De la nature de la loi qui prohibe ou impose un régime déterminé 232

SECTION IV

DES GARANTIES ET AVANTAGES ACCORDÉS A LA FEMME MARIÉE.

166. Pourquoi on fait une place à part à ces matières..... 234

§ I. — *Garanties.*

167. Définition et énumération..... 234

1° *Renonciation à la communauté.*

168. Raison d'être de ce droit. — Il peut être stipulé malgré le silence de la loi..... 234
169. Article 1453..... 235

2° *Séparation de biens.*

170. Loi qui en déterminera les causes..... 235
171. Article 1443..... 235
172. Article 1451..... 236
173. Procédure..... 236
174. Article 1446..... 236
175. Effets de la séparation de biens..... 237
176. La clause par laquelle la femme s'engagerait à ne pas demander la séparation de biens est-elle valable?..... 237

3° *Inaliénabilité de la dot.*

177. Dépend-elle d'un des statuts ou du principe d'autonomie..... 237
178. Exposé et rejet du système qui la fait dépendre du statut réel. 238
179. Exposé et rejet du système qui la fait dépendre du statut personnel..... 230
180. Elle dépend du principe d'autonomie..... 240
181. *Quid* si la loi locale defend de stipuler l'inaliénabilité..... 241

§ II. — *Avantages.*

182. Ils dépendent de la convention des parties..... 242
183. Controverse sur le douaire..... 242

SECTION IV

DE L'INFLUENCE DU CHANGEMENT DE NATIONALITÉ ET DE DOMICILE SUR LE RÉGIME MATRIMONIAL.

184. Ce changement ne doit avoir en général aucune influence.... 244
185. Cas où les deux époux changent de nationalité 245
186. Que décider si la législation de la nouvelle patrie des époux prohibe le régime par eux adopté?..... 246

POSITIONS..... 247

ERRATA..... 252

TABLE DES MATIÈRES..... 253

Le Puy. — Imp. PRADES-FREYDIER, place du Breuil.